
Allgemeine Arbeitsbedingungen

Dissertation der Rechts- und
staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich
zur Erlangung der Würde eines Doktors
der Rechtswissenschaft

vorgelegt von

Jean-Fritz Stöckli

von Netstal GL

Genehmigt auf Antrag von
Herrn Prof. Dr. Manfred Rehbinder

1979



Stämpfli & Cie AG Bern



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41507213_0032

Allgemeine Arbeitsbedingungen

Dissertation der Rechts- und
staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich
zur Erlangung der Würde eines Doktors
der Rechtswissenschaft

vorgelegt von

Jean-Fritz Stöckli

von Netstal GL

Genehmigt auf Antrag von
Herrn Prof. Dr. Manfred Rehbinder

1979



Stämpfli & Cie AG Bern

Die Rechts- und staatswissenschaftliche Fakultät der Universität Zürich gestattet hierdurch die Drucklegung vorliegender Dissertation, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Anschauungen Stellung zu nehmen.

Zürich, den 11. Juli 1979

Der Dekan:

Prof. Dr. J. Rehberg

Die gleiche Arbeit ist im Verlag Stämpfli & Cie AG Bern erschienen als Heft 10 der Reihe

Schriften zum schweizerischen Arbeitsrecht SSA

begründet und herausgegeben von Professor Dr. Manfred Rehbinder, Zürich.



©

Verlag Stämpfli & Cie AG Bern · 1979
Rechnergesteuerter Filmsatz, Offsetdruck
und Buchbinderarbeit Stämpfli & Cie AG Bern
Printed in Switzerland

Inhaltsübersicht

Problemstellung	17
I. Teil: Rechtstatsachen	18
1. Zweck der Erhebung	18
2. Untersuchungsgegenstand	18
3. Untersuchungstechnik	20
4. Ergebnisse	27
II. Teil: Die Arbeitsvertragliche Einheitsregelung	31
1. AGB im Arbeitsrecht	31
2. Der besondere Regelungsinhalt des Arbeitsvertrags	57
3. AAB als Gestaltungsmittel des Arbeitsverhältnisses	70
4. Stellung der AAB in der arbeitsrechtlichen Normenhierarchie	96
5. Auslegung der AAB	121
III. Teil: Schutz vor einseitig eigennützigen AAB	126
1. Problemstellung	126
2. Ausbau des zwingenden Rechts	129
3. Aufstellung durch die Verbände	137
4. Präventive Verwaltungskontrolle	140
5. Richterliche Kontrolle	145
IV. Teil: Rechtliche Beurteilung einzelner AAB-Bestimmungen	172
1. Begründung und Abänderung des Arbeitsverhältnisses	172
2. Umfang des Leistungsaustausches	178
3. Modalitäten des Leistungsaustausches	195
4. Eingliederung in die Arbeitsorganisation	201
5. Ausserbetriebliches Verhalten	215
6. Beendigung des Arbeitsverhältnisses und Anspruchsdurchsetzung	221
V. Teil: Schlussfolgerungen für die Formulierung von AAB	228
1. Vertragsformular	228
2. Angehängtes Reglement	230
3. Funktionswidrige Klauseln	233
Zusammenfassung	234

Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis	12
Abkürzungsverzeichnis	16
Problemstellung	17
I. Teil: Rechtsstatsachen	18
1. Zweck der Erhebung	18
2. Untersuchungsgegenstand	18
2.1. Untersuchungsobjekt	18
2.2. Fragestellung	19
3. Untersuchungstechnik	20
3.1. Untersuchungsmethode	20
31.1. Analyse von Vertragsmustern (Dokumentanalyse)	20
31.2. Befragung	20
31.21. Befragung über die Urheberschaft der AAB	20
31.22. Befragung über die Verbreitung der AAB sowie über die Verwendung anderer Vertragsformen	20
3.2. Auswahl der Befragten	21
32.1. Grundgesamtheit	21
32.2. Elemente der Stichprobe	21
32.3. Auswahlverfahren	22
32.31. Schichtung	23
32.32. Form der geschichteten Auswahl	25
32.33. Auswahlstufen	25
32.34. Auswahlvorgang	25
32.4. Auswahlumfang	26
3.3. Erhebungsfehler	26
4. Ergebnisse	27
4.1. Rücklaufquote und Vollständigkeit der Antworten	27
4.2. Verbreitung verschiedener Formen von AAB	27
4.3. Verbreitung nach Betriebsgrössenklassen	29
4.4. Urheberschaft der AAB	29
4.5. Inhalt der AAB	29
II. Teil: Die arbeitsvertragliche Einheitsregelung	31
1. AGB im Arbeitsrecht	31
1.1. Gesetzesähnlichkeit	31
11.1. Äussere Ähnlichkeit	31
11.2. Gesetzesähnliche Wirkung	32
11.21. Genereller Charakter	32
11.22. Abstraktheit	32
11.3. Die Frage der Rechtsnatur von AGB und AAB	33
11.31. Widerspruch zwischen Geltung und Wirkung	34
11.32. Rechtliche Einordnung der rechtsgeschäftlichen Norm	35
11.33. Rechtsgeschäftliche Normen im Arbeitsrecht	37
11.4. Ergebnis	38
1.2. Einseitige Aufstellung	38
12.1. Bedeutung der Urheberschaft	38

12.2.	Formen der Einbeziehung	39
12.21.	Globalerklärung	40
12.22.	Vollerklärung	40
12.23.	Bewusste oder unbewusste Zustimmung im Einzelfall.	41
12.24.	Ergebnis.	42
12.3.	Faktische Unterwerfung	42
12.31.	Übergewicht des Verwenders (Arbeitgeber)	43
12.31.1.	Wirtschaftliches Übergewicht	43
12.31.2.	Intellektuelles und organisatorisches Übergewicht.	45
12.31.3.	Psychologisches Übergewicht	45
12.32.	Take it or leave it	46
12.4.	Beeinträchtigung der Vertragsfunktionen.	47
12.41.	Voraussetzungen des vertraglichen Interessenausgleichs.	47
12.42.	Fehlende Richtigkeit des Ergebnisses.	48
12.43.	Verwirklichung materieller Vertragsfreiheit	49
12.5.	Verdrängung des dispositiven Rechts.	49
12.51.	Abdingbarkeit des dispositiven Rechts	50
12.52.	Systematische Derogation durch AGB	50
12.53.	Funktionen des dispositiven Rechts	51
12.6.	Ergebnis: Gefahr einseitiger Eigennützigkeit	52
1.3.	Vorteile der Standardisierung	53
13.1.	Rationalisierung	53
13.2.	Spezialisierung und Ergänzung des Gesetzes.	55
13.3.	Rechtssicherheit und Streitverhütung.	56
13.4.	Ergebnis.	56
	Zusammenfassung	57
2.	Der besondere Regelungsinhalt des Arbeitsvertrages	57
2.1.	Eingliederung in die arbeitsteilige Organisation	58
21.1.	Organisationstechnische Ursache der Eingliederung.	58
21.11.	Arbeitsteilung und Organisation	58
21.12.	Unterschiedliche Intensität der Eingliederung	59
21.2.	Zugehörigkeit zur Belegschaft.	60
21.3.	Notwendigkeit rechtlicher Unterwerfung.	61
21.31.	Leitende und ausführende Funktionen	61
21.32.	Systemunabhängigkeit der Unterwerfung	61
21.33.	Unterwerfung unter die Belegschaftsordnung	62
21.34.	Unterschied zur Unterwerfung unter AGB.	62
21.4.	Gesetzliche Grundlage der Eingliederung	63
21.41.	Weisungsrecht	63
21.42.	Betriebsordnung	65
21.5.	Ergebnis.	66
2.2.	Regelung des Leistungsaustausches.	66
22.1.	Grenzen des Aushandelns von Arbeitsbedingungen.	67
22.2.	Gleichbehandlungsgrundsatz	67
22.3.	Das Arbeitsverhältnis als konstante Proportionsbeziehung	68
22.4.	Ergebnis.	70
	Zusammenfassung	70
3.	AAB als Gestaltungsmittel des Arbeitsverhältnisses.	70
3.1.	Anforderungen an das Gestaltungsmittel.	70
3.2.	Alternativen	72
32.1.	Inhaltsleerer Vertrag	72
32.11.	Charakterisierung	72
32.12.	Vergleich mit AAB.	74
32.13.	Anwendungsbereich	75
32.2.	Generelle Weisung	76
32.21.	Charakteristik	76
32.21.1.	Rechtsnatur.	77
32.21.2.	Schranken.	78

32.22.	Vergleich mit AAB.	79
32.23.	Anwendungsbereich	81
32.3.	Betriebsübung	82
32.31.	Charakteristik	82
32.32.	Vergleich mit AAB.	84
32.4.	Gesamtzusage	85
32.41.	Charakteristik	85
32.42.	Vergleich mit anderen Gestaltungsmitteln	87
32.5.	Betriebsvereinbarung.	87
32.51.	Charakteristik und rechtliche Regelung	87
32.52.	Vergleich mit AAB.	89
32.6.	Ergebnis.	90
3.3.	Formen Allgemeiner Arbeitsbedingungen	90
33.1.	Unterscheidung nach dem Aufstellungsvorgang	91
33.11.	Vereinbarte AAB.	91
33.12.	Einseitig aufgestellte AAB.	93
33.2.	Unterscheidung nach der Intensität der Vorformulierung.	94
33.21.	Reglemente	95
33.22.	Formulare	95
3.4.	Ergebnis.	96
4.	Stellung der AAB in der arbeitsrechtlichen Normenhierarchie	96
4.1.	Problemstellung	96
4.2.	Individuelles oder kollektives Recht?	97
4.3.	Verdrängung von AAB durch Gesamtarbeitsvertrag	98
43.1.	Problemstellung	98
43.2.	Argumente für und gegen die Abänderbarkeit.	100
43.21.	Ordnungsfunktion des GAV	100
43.22.	Kollektive Regelungszuständigkeit aufgrund «empirischer Tatsachen»?	101
43.23.	Schutzfunktion des GAV	102
43.3.	Ergebnis für das schweizerische Recht	103
43.31.	Vorrang des Günstigkeitsprinzips	103
43.32.	Ausnahmen	105
4.4.	AAB und Betriebsordnung	106
44.1.	Normative Wirkung der Betriebsordnung	106
44.2.	Abänderbarkeit Allgemeiner Arbeitsbedingungen durch Betriebsordnung.	107
4.5.	Begrenzung des Inhalts von AAB durch GAV?	108
45.1.	Die Regelung im deutschen Betriebsverfassungsgesetz	109
45.2.	Anwendbarkeit von Art. 38 Abs. 2 ArG auch für AAB?	109
4.6.	AAB und Einzelvereinbarung	111
46.1.	Problemstellung	111
46.2.	AGB und Einzelvereinbarung nach schweizerischem Recht	111
46.3.	Das deutsche AGB-Gesetz	112
46.4.	Besonderheiten des Arbeitsrechts	114
4.7.	Ablösung durch neue AAB	114
47.1.	Änderungsvertrag	114
47.2.	Änderungskündigung durch den Arbeitgeber	115
47.3.	Änderungskündigung durch die Arbeitnehmer.	116
4.8.	AAB und dispositives Recht	117
48.1.	Problematik.	117
48.2.	AGB und dispositives Recht	118
48.3.	Schlussfolgerungen für AAB	119
4.9.	Zusammenfassung	120
5.	Auslegung der AAB.	121
5.1.	Individuelle oder generelle Auslegung	121
5.2.	Auslegung von AGB.	121
52.1.	Einheitliche Auslegung.	121
52.2.	Individuelle Auslegung.	122
52.3.	Ergebnis.	124
5.3.	Besonderheiten der Auslegung von AAB.	124
	Zusammenfassung	125

III. Teil: Schutz vor einseitig eigennützigen AAB	126
1. Problemstellung	126
1.1. Schutzbedürfnis	126
1.2. Zielsetzung des Schutzes	127
1.3. Schutzmöglichkeiten	127
2. Ausbau des zwingenden Rechts	129
2.1. Wirksamkeit	129
2.2. Besonderheiten des Arbeitsrechts	130
2.3. Formalisierung des Vertragsabschlusses insbesondere	130
23.1. Die Regelung im italienischen Recht	130
23.2. Anwendbarkeit im Arbeitsrecht	131
23.3. Schriftformerfordernis nach schweizerischem Arbeitsvertragsrecht	132
23.3.1. Gesetzliche Regelung	132
23.3.2. Rechtsprechung und Lehre	133
23.3.3. Stellungnahme	135
23.4. Rechtspolitische Erwägungen	136
2.4. Ergebnis	137
3. Aufstellung durch die Verbände	137
3.1. Kontrolle durch das Gegengewichtsprinzip	137
3.2. Grenzen der kollektiven Selbstverwaltung	138
3.3. Ergebnis	139
4. Präventive Verwaltungskontrolle	140
4.1. Formen	140
41.1. Inhaltskontrolle	140
41.2. Amtliche Beglaubigung der Unterschrift	141
4.2. Verhältnis zwischen Aufwand und Wirkung	141
42.1. Übergrosser Aufwand bei AGB	141
42.2. Zweifelhafte Wirkung bei AGB	142
42.3. Besonderheiten des Arbeitsrechts	143
42.3.1. Tragbarer Aufwand	143
42.3.2. Günstigere Wirkung	144
4.3. Kontrollbefugnisse	144
4.4. Ergebnis	145
5. Richterliche Kontrolle	145
5.1. Problemstellung	145
5.2. Gültige Einbeziehung in den Vertrag	146
52.1. Anwendung des Vertrauensprinzips auf AGB	146
52.2. Möglichkeit der Kenntnisnahme durch den Kunden bzw. Arbeitnehmer	147
52.3. Ungewöhnlichkeitsregel	149
52.4. Freiheitsbeschränkende Klauseln – Gerichtsstandsvereinbarung insbesondere	151
5.3. Auslegung zu Ungunsten des Arbeitgebers	153
53.1. Unklarheitenregel	153
53.2. Grenzen der indirekten richterlichen Inhaltskontrolle	155
5.4. Offene Inhaltskontrolle	155
54.1. Problemstellung	155
54.2. Gesetzliche Grundlage	156
54.2.1. Verbot des Monopolmissbrauchs	156
54.2.2. Verbot des sittenwidrigen Vertragsinhalts	157
54.2.3. Verbot der Übervorteilung	158
54.2.4. Billigkeitsgebot bei einseitiger Inhaltsgestaltung	159
54.2.4.1. Deutsches Recht	159
54.2.4.2. Schweizerisches Recht	160
54.2.4.3. Einseitige Leistungsbestimmung im Arbeitsverhältnis	162
54.2.5. Treu und Glauben	164
54.2.6. Institutioneller Rechtsmissbrauch	165

54.3.	Umfang und Masstab der richterlichen Kontrolle	169
54.31.	Umfang	169
54.32.	Masstab der richterlichen Kontrolle	170
5.5.	Ergebnis	170
	Zusammenfassung	171

IV. Teil: Rechtliche Beurteilung einzelner AAB-Bestimmungen 172

1.	Begründung und Abänderung des Arbeitsverhältnisses	172
1.1.	Begründung des Arbeitsverhältnisses	172
11.1.	Schriftformerfordernis für abweichende Einzelvereinbarungen	172
11.2.	Auslegung bei Widersprüchen innerhalb der AAB	173
1.2.	Abänderung des Arbeitsverhältnisses	175
12.1.	Schriftformklausel für Änderung durch Einzelvereinbarung	175
12.2.	Genereller Änderungsvorbehalt des Verwenders	175
2.	Umfang des Leistungsaustausches	178
2.1.	Ansprüche des Arbeitnehmers	178
21.1.	Lohnhöhe	178
21.2.	Gratifikation	179
21.3.	Lohnfortzahlung bei Verhinderung des Arbeitnehmers an der Arbeitsleistung	180
21.4.	Altersvorsorge	183
21.5.	Abgangsentschädigung	185
21.6.	Lohnnachgenuss	187
21.7.	Andere Sozialleistungen	188
21.8.	Vergütung für Arbeitnehmererfindungen	188
2.2.	Verpflichtungen des Arbeitnehmers	189
22.1.	Dauer der Arbeitsleistung («Normalarbeitszeit»)	189
22.2.	Überstunden- und Überzeitarbeit	190
22.3.	Absenzen («Urlaub»)	191
22.4.	Feriendauer	193
22.5.	Haftung bei Schädigung des Arbeitgebers	193
3.	Modalitäten des Leistungsaustausches	195
3.1.	Pflichten des Arbeitgebers	195
31.1.	Beschäftigungspflicht	195
31.2.	Form der Lohnzahlung	196
31.3.	Zeitpunkt der Lohnzahlung (Fälligkeit der Lohnforderung)	197
3.2.	Pflichten des Arbeitnehmers	198
32.1.	Art der Arbeitsleistung (Funktion des Arbeitnehmers)	198
32.2.	Ort der Arbeitsleistung	199
32.3.	Einteilung der Arbeitszeit	200
4.	Eingliederung in die Arbeitsorganisation	201
4.1.	Ablauforganisation	201
41.1.	Präsenzkontrolle	201
41.2.	Ferienbezug	202
41.3.	Auslagenersatz («Spesenregelung»)	204
41.4.	Vorschlagwesen	204
41.5.	Arbeitsplatzbezogene Weiterbildung	205
41.6.	Bekleidungsvorschriften	206
41.7.	Namenplakette	207
41.8.	Telefonbenützung	208
4.2.	Ordnung im Betrieb und Sicherheitsorganisation	208
42.1.	Unfallverhütung	208
42.2.	Disziplinarordnung	209
42.3.	Betriebsschutzorganisation	210
42.4.	Ärztliche Untersuchung	211

4.3.	Personelle Eingliederung	211
43.1.	Meinungsäußerung («Agitation»).	211
43.2.	Bevorzugung männlicher Arbeitnehmer	213
43.3.	Geldsammlungen	214
43.4.	Rauchverbot	214
5.	Ausserbetriebliches Verhalten	215
5.1.	Allgemeines: Schranken des Weisungsrechts	215
5.2.	Einzelne Klauseln	215
52.1.	Nebenbeschäftigung	215
52.2.	Lohnabtretung und -verpfändung.	217
52.3.	Bürgschaft	218
52.4.	Wohnsitz	219
52.5.	Stellenwechsel.	219
52.6.	Öffentliches Amt	220
6.	Beendigung des Arbeitsverhältnisses und Anspruchsdurchsetzung	221
6.1.	Beendigung des Arbeitsverhältnisses	221
61.1.	Probezeit	221
61.2.	Kündigungsfrist	222
61.3.	Fristlose Entlassung	223
61.4.	Rückzahlungsklauseln	223
61.5.	Konkurrenzverbot	225
6.2.	Anspruchsdurchsetzung	226
62.1.	Schiedsgericht.	226
62.2.	Gerichtsstand.	227
V. Teil: Schlussfolgerungen für die Formulierung von AAB.		228
1.	Vertragsformular	228
1.1.	Individueller Vertragsinhalt	228
1.2.	Den Arbeitnehmer belastender Vertragsinhalt	229
2.	Angehängtes Reglement	230
2.1.	Anspruchssichernde und -präzisierende Klauseln	231
2.2.	Informativer Vertragsinhalt	232
3.	Funktionswidrige Klauseln	233
Zusammenfassung		234

Literaturverzeichnis

- ADOMEIT, KLAUS
 AUER, EUGEN
 BAUER, WALTER
 BRUNO
 BECKER, FRIEDRICH
- BIEDENKOPF, KURT H.
- BLOMEYER, WOLFGANG
- BRÜHWILER, JÜRG
 BÖTTICHER, EDUARD
 BUCHER, EUGEN
-
- BÜHLER, THEODOR
- BUSSMANN, RAOUL
- CANARIS,
 CLAUS-WILHELM
 CANNER, R./SCHOOP, R.
 CLEVER, PETER
- DE BEER, ALEXANDER
 DEHEN, PETER
- DREYER, JOACHIM
 ESSER, JOSEF
 FITTING, KARL/
 AUFFARTH, FRITZ/
 KAISER, HEINZ
 FRIEDRICHS, JÜRGEN
 FUCHS, DIETER
 GAUTSCHI, GEORG
- GUHL, THEO/
 MERZ, HANS/
 KUMMER, MAX
 GUMPERT, JOBST
- HANAU, PETER/
 ADOMEIT, KLAUS
 HAUSHEER, HEINZ
- HECHT, WERNER A.
- HELM, JOHANN GEORG
- Rechtsquellenfragen im Arbeitsrecht, München 1969.
 Die richterliche Korrektur von Standardverträgen, Bern 1964.
 Der Schutz vor unbilligen Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) im schweizerischen Recht, Zürich 1977.
 Zur Inhaltskontrolle von Allgemeinen Arbeitsbedingungen, in: NJW 1973, S. 1913–1918.
 Über das Verhältnis wirtschaftlicher Macht zum Privatrecht, in: FS Böhm, Karlsruhe 1965, S. 113–135.
 Der befristete Arbeitsvertrag als Problem der Gesetzesinterpretation, in: RdA 1967, S. 406–415.
 Handkommentar zum Einzelarbeitsvertrag, Bern 1978.
 Gestaltungsrecht und Unterwerfung im Privatrecht, Berlin 1964.
 Das subjektive Recht als Normsetzungsbefugnis, Tübingen 1965 (Subjektives Recht).
 Der Ausschluss dispositiven Gesetzesrechts durch vertragliche Absprachen, in: FS Deschenaux, Fribourg 1977, S. 249–270 (Ausschluss).
 Standardverträge und Allgemeine Geschäftsbedingungen unter Kaufleuten, insbesondere im internationalen Handelsverkehr, in: SJZ 1976, S. 1–7.
 Rückzahlungsklauseln bei freiwilligen Leistungen des Arbeitgebers, Diss. Zürich 1977.
 Die Allgemeinen Arbeitsbedingungen im Schnittpunkt von Privat- und Kollektivautonomie, in: RdA 1974, S. 18–26.
 Arbeitsgesetz, 2. A., Zürich 1976.
 Allgemeine Geschäftsbedingungen und der ökonomische Hintergrund der Vertragsfreiheit, in: Jahrbuch für Sozialwissenschaft, Bd. 28 (1977), H. 1, S. 126–139.
 Der bezahlte Bildungsurlaub, Bern 1978.
 Eine neue Auffassung vom Arbeitsvertrags-, Betriebs- und Tarifrecht, Diss. Köln 1931.
 Die einzelvertragliche Einheitsregelung, Diss. Hamburg 1966.
 Schuldrecht, Allgemeiner Teil, 5. A., Karlsruhe 1975.
 Handkommentar zum Betriebsverfassungsgesetz, 11. A., München 1974.
- Methoden empirischer Sozialforschung, Hamburg 1973.
 Das betriebliche Rauchverbot, in: BB 1977, S. 299–302.
 Nichterfüllung, Haftungsgrund und Haftungsverzicht bei Arbeitsobligationen, in: FS Oftinger, Zürich 1969, S. 7–61.
 Das Schweizerische Obligationenrecht, 6. A., Zürich 1972.
- Inhaltskontrolle von Formulararbeitsverträgen und «Allgemeinen Arbeitsbedingungen», in: BB 1974, S. 139–142.
 Arbeitsrecht, 4. A., Frankfurt 1976.
- Die Allgemeinverbindlicherklärung von Kollektivverträgen als gesetzgeberisches Gestaltungsmittel, in: ZSR Bd. 95 NF (1976), II. Hbbd., S. 225–364.
 Der standardisierte Vertrag als rechtsdogmatisches und rechtspolitisches Problem, in: ZSR Bd. 79 NF (1960), I. Hbbd., S. 47–70.
 Grundlagen einer normativen Theorie allgemeiner Geschäftsbedingungen, in: FS Schnorr von Carolsfeld, Köln 1972, S. 125–146.

- HILGER, MARIE-LOUISE
– Das betriebliche Ruhegeld, Heidelberg 1959 (Ruhegeld).
– Der Einfluss des kollektiven Arbeitsrechts auf das Einzelarbeitsverhältnis, in: Verhandlungen des 43. Deutschen Juristentages 1960, Bd. II, Tübingen 1962, Teil F (Kollektives Arbeitsrecht).
– Aus der neueren Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zur betrieblichen Altersversorgung, in: BB 1970, S. 813–816.
- HINDERMANN, WALTER/
STREIFF, ULLIN
HIPPEL, EIKE V. Leitfaden zum Abschluss von Verträgen, 6. A., Glatthbrugg/Zürich 1974.
- HUECK, ALFRED/
NIPPERDEY, HANS CARL
HUG, WALTHER
– Zur richterlichen Kontrolle unlauterer Geschäftsbedingungen in den Vereinigten Staaten, in: Rabels Z. 1969, S. 564–568.
Lehrbuch des Arbeitsrechts, Bd. I, 7. A., Berlin/Frankfurt 1963.
- KELLER, HEINZ
KELLER, MAX
– Kommentar zum Arbeitsgesetz, Bern 1971.
– Zur Auslegung von AGB, Verbandssatzungen und Tarifverträgen nach deutschem und schweizerischem Recht, in: Ausgewählte Abhandlungen Bd. I (Beiträge zum Arbeitsrecht), Bern 1978, S. 394–439 (Auslegung).
Allgemeine Geschäftsbedingungen – Eine Rechtstatsachenuntersuchung in einigen Zweigen der schweizerischen Wirtschaft, Bern 1970.
Die Auslegung obligationenrechtlicher Verträge, in: SJZ 1961, S. 313–322 (Auslegung).
– Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz, Bern 1968.
- KLUGE,
RAINER HERBERT
Arbeitsrechtliche Probleme im Bereich der freien gemeinnützigen Wohlfahrtspflege – Zugleich ein Beitrag zur Bedeutung und Funktion allgemeiner Geschäftsbedingungen im Arbeitsvertragsrecht und zu betriebsverfassungsrechtlichen Problemen in Tendenzunternehmen, Diss. Bonn 1974.
- KÖTZ, HEIN
Welche gesetzgeberischen Massnahmen empfehlen sich zum Schutze des Endverbrauchers gegenüber AGB und Formularverträgen? – Gutachten für den 50. Deutschen Juristentag, in: Verhandlungen des 50. DJT, Bd. I, München 1974, Teil A.
- KRAMER, ERNST A.
Die normative Kraft des dispositiven Rechts, in: ÖJZ 1973, S. 505–515 (Dispositives Recht).
Die «Krise» des liberalen Vertragsdenkens, München/Salzburg 1974 (Krise).
- KREUTZ, PETER
LARENZ, KARL
Die Rechtsprechung des BAG im Jahre 1972, in: ZfA 1973, S. 321–397.
Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. I (Allgemeiner Teil), 11. A., München 1976.
- LATTMANN, CHARLES
Die Humanisierung der Arbeit und die Demokratisierung der Unternehmung, Bern/Stuttgart 1974.
- LÖRTSCHER, THOMAS
Vertragliche Haftungsbeschränkungen im schweizerischen Kaufrecht – unter besonderer Darstellung von Haftungsbeschränkungsklauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Diss. Zürich 1977.
- LÖWISCH, MANFRED
Der Erlass von Rauchverboten zum Schutz vor Passivrauchen am Arbeitsplatz, in: DB 1979, Beilage 1/79 (H. 8), S. 1–16.
- LUKES, RUDOLF
§ 315 BGB als Ausgangspunkt für die Inhaltskontrolle allgemeiner Geschäftsbedingungen, in: NJW 1963, S. 1897–1901.
- MAYER-MALY, THEO
Zur arbeitsrechtlichen Bedeutung der Lehre vom Gestaltungsrecht, in: RdA 1965, S. 361–363.
- MEIER, KURT
Die Berücksichtigung des Berufsrisikos bei der Haftung des Arbeitnehmers, Bern 1978.
- MEIER-HAYOZ, ARTHUR
MERZ, HANS
Das Vertrauensprinzip beim Vertragsabschluss, Diss. Zürich 1948.
Privatautonomie heute – Grundsatz und Rechtswirklichkeit, Karlsruhe 1970.
- Massenvertrag und Allgemeine Geschäftsbedingungen, in: FS Schöenberger 1968, neu abgedruckt in: Ausgewählte Abhandlungen zum Privat- und Kartellrecht, Bern 1977, S. 313–342 (Massenvertrag).
- Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Einleitungsband, Bern 1962.
- MEYER, DANIEL
Der Gleichbehandlungsgrundsatz im schweizerischen Arbeitsrecht, Bern 1976.

- MEYER-CORDING, ULRICH
MICHEL, ERNST
MUMMENHOFF, WINFRIED
NEF, URS CH. Die Rechtsnormen, Tübingen 1971.
- NIKISCH, ARTHUR
OSER, HUGO/
SCHÖNENBERGER, WILHELM
RAISER, LUDWIG Industrielle Arbeitsordnung, Jena 1932.
Rauchen am Arbeitsplatz, in: RdA 1976, S. 364–374.
Rechtliche Aspekte der gleitenden Arbeitszeit, in: ZSR Bd. 90 NF (1971), I. Hbbd., S. 403–416.
Arbeitsrecht, 3. A., Bd. I, Tübingen 1961.
Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. 5 (Obligationenrecht) I. Hbbd. Art. 1–183, 2. A., Zürich 1945.
- Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Hamburg 1935 (AGB).
Der Stand der Lehre vom subjektiven Recht im deutschen Zivilrecht, in: JZ 1961, S. 465–473 (Subjektives Recht).
– Richterliche Kontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen, in: Verhandlungen der Tagung 1967 der Gesellschaft für Rechtsvergleichung (Arbeiten zur Rechtsvergleichung, Nr. 41, 1968), Frankfurt/Berlin 1968 (Richterliche Kontrolle).
- REBE, BERND
REHBINDER, MANFRED Privatrecht und Wirtschaftsordnung, Bielefeld 1978.
AGB und die Kontrolle ihres Inhalts, Berlin 1972 (Inhaltskontrolle).
Allgemeine Geschäftsbedingungen, in: Rehbinder (Hrsg.): Recht im sozialen Rechtsstaat, Opladen 1973, S. 107–127 (AGB).
– Rechtssoziologie, Berlin/New York 1977.
Das Kaufrecht in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der deutschen Wirtschaft, 2. A., Berlin 1979 (Kaufrecht).
Schweizerisches Arbeitsrecht, 5. A., Bern 1979 (Arbeitsrecht).
- RICHARDI, REINHARD Die arbeitsvertragliche Einheitsregelung und ihr Verhältnis zu Kollektivvereinbarungen, in: RdA 1965, S. 49–60 (Einheitsregelung).
Kollektivgewalt und Individualwille bei der Gestaltung des Arbeitsverhältnisses, München 1968.
- SÄCKER, FRANZ-JÜRGEN Gruppenautonomie und Übermachtkontrolle im Arbeitsrecht, Berlin 1972.
- SCHEUCH, ERWIN K. Auswahlverfahren in der Sozialforschung, in: R. König (Hrsg.): Handbuch der Sozialforschung, Bd. I, Stuttgart 1967, S. 309–347.
- SCHLATTER, ROLAND
SCHLUEP, WALTER R. Zum Begriff des Arbeitskonflikts, Diss. Bern 1950.
Überbordungsgefahren von Arbeitskonflikten, Bern 1973.
- SCHMIDT, FERDINAND Rauchen am Arbeitsplatz, in: RdA 1977, S. 159–161.
- SCHMIDT-RIMPLER, WALTER Zum Problem der Geschäftsgrundlage, in: FS Nipperdey 1955, München 1955, S. 1–30. (Geschäftsgrundlage).
Grundlagen einer Erneuerung des Vertragsrechts, in: AcP 147 (1941), S. 130–197 (Vertragsrecht).
Allgemeine Geschäftsbedingungen, 2. A., München 1977.
- SCHMIDT-SALZER, JOACHIM
SCHÖNENBERGER, WILHELM/JÄGGI, PETER
SCHULER, ALOIS Zürcher Kommentar zum ZGB, Teilband 5 1a (Obligationenrecht), Zürich 1973.
Über Grund und Grenzen der Geltung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Bern 1978.
- SCHWEINGRUBER, EDWIN Die wirtschaftlich schwächere Vertragspartei, Diss. Bern 1930.
Kommentar zum Arbeitsvertrag des Schweizerischen Obligationenrechts, 2. A., Zürich 1976.
- SCHWEINGRUBER, EDWIN/
BIGLER, F. WALTER
SIEBERT, WOLFGANG Kommentar zum Gesamtarbeitsvertrag, 2. A., Bern 1972.
- SINZHEIMER, HUGO
SÖLLNER, ALFRED Kollektivnorm und Individualrecht im Arbeitsverhältnis, in: FS Nipperdey 1955, München 1955, S. 119–145.
Der korporative Arbeitsnormenvertrag, I. Teil, Leipzig 1907.
Einseitige Leistungsbestimmung im Arbeitsverhältnis, Mainz 1966.
- STAMM, MARIE-LOUISE Arbeitsrecht, 5. A., Stuttgart 1976.
Das Weisungsrecht des Arbeitgebers und seine Schranken, Basel/Stuttgart 1977.

STEIN, PETER	Formularvertrag und Fiktion der Willensübereinstimmung, in: GR 1961, S. 9–14.
STOCKAR, CONRAD H.	Zur Frage der richterlichen Korrektur von Standardverträgen nach schweizerischem Recht, Basel/Stuttgart 1971.
STREIFF, ULLIN	Leitfaden zum neuen Arbeitsvertragsrecht, 3. A., Glattbrugg/Zürich 1974.
VON TUHR, ANDREAS/ ESCHER, ARNOLD	Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. II, Zürich 1974.
VON TUHR, ANDREAS/ PETER, HANS	Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. I, Zürich 1974–1979.
TUOR, PETER/ SCHNYDER, BERNHARD	Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 9. A., Zürich 1975.
ULMER, PETER/ BRANDNER, HANS-ERICH/ HENSEN, HORST-DIETHER	Kommentar zum Gesetz zur Regelung des Rechts der AGB, Köln 1977.
ULRICH, HANS	Die Unternehmung als produktives soziales System, 2. A., Bern 1970 (Unternehmung).
–	Unternehmungspolitik, Bern/Stuttgart 1978.
ULRICH, HANS/ STÄRKLE, ROBERT	Verbesserung der Organisationsstruktur von Unternehmungen, 3. A., Bern 1969.
VISCHER, FRANK	Der Arbeitsvertrag, in: Vischer (Hrsg.), Schweizerisches Privatrecht, Bd. VII, Basel/Stuttgart 1977, S. 284–496.
WALDER, HANS ULRICH	Lohnabtretung und Zwangsvollstreckung, Zürich 1975.
WEBER, HANSJÖRG	Inhaltsgrenzen für Allgemeine Geschäftsbedingungen, Diss. Marburg 1966.
WEBER, HANSULRICH	Die Ansprüche auf Freizeit und Ferien nach schweizerischem Arbeitsrecht, Diss. Bern 1976.
WESTERMANN, HARM PETER	Sonderprivatrechtliche Sozialmodelle und das allgemeine Privatrecht, in: AcP 178 (1978), S. 150–194.
WESTHOFF, STEFAN	Die Inhaltskontrolle von Arbeitsverträgen, Düsseldorf 1975.
WETTSCHUREK, GERT	Grundlagen der Stichprobenbildung in der demoskopischen Marktforschung, in: Behrens (Hrsg.): Handbuch der Marktforschung, Wiesbaden 1974, S. 173–205.
WIEDEMANN, HERBERT	Ruhegeldanwartschaft und Kündigung, in: RdA 1969, S. 244–249.
WISCHNATH, ADOLF	Nichtraucherschutz am Arbeitsplatz, in: DB 1977, S. 1365–1366.
WOLF, MANFRED	Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit und vertraglicher Interessenausgleich, Tübingen 1970 (Entscheidungsfreiheit).
	Normsetzung durch private Institutionen? in: JZ 1973, S. 229–232 (Normsetzung).
ZÖLLNER, WOLFGANG	Der Abbau einheitsvertraglicher Arbeitsbedingungen im nicht tariflich gesicherten Bereich, in: RdA 1969, S. 250–256 (Abbau).
–	Privatautonomie und Arbeitsverhältnis, in: AcP 176 (1976), S. 221–246 (Privatautonomie).
	Arbeitsrecht, München 1977.
ZWEIFEL, ERNST	Der wilde Streik, Bern 1977.

Abkürzungsverzeichnis

A.	Auflage
AAB	Allgemeine Arbeitsbedingungen
AcP	Archiv für die civilistische Praxis (Zeitschrift)
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
a.M.	anderer Meinung
AP	Arbeitsgerichtliche Praxis (Nachschlagewerk des BAG)
BAG	(Deutsches) Bundesarbeitsgericht
BB	Der Betriebsberater (Zeitschrift)
BetrVG	(Deutsches) Betriebsverfassungsgesetz
BGB	(Deutsches) Bürgerliches Gesetzbuch
BGE	Entscheidungen des Bundesgerichts, Amtliche Sammlung
BGH	(Deutscher) Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des BGH in Zivilsachen
BJM	Basler Juristische Mitteilungen
BV	Bundesverfassung
CMV	Christlicher Metallarbeiter-Verband der Schweiz
DB	Der Betrieb (Zeitschrift)
DJT	Deutscher Juristentag
FS	Festschrift
GAV	Gesamtarbeitsvertrag
gl.M.	gleicher Meinung
GR	Gewerkschaftliche Rundschau
h.L.	herrschende Lehre
JZ	Juristenzeitung
LFSA	Landesverband Freier Schweizer Arbeiter
NF	Neue Folge
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
ÖJZ	Österreichische Juristen-Zeitung
OR	Obligationenrecht
RabelsZ	Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RAG	(Deutsches) Reichsarbeitsgericht
RdA	Recht der Arbeit (Zeitschrift)
SchKG	Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung
SMUV	Schweizerischer Metall- und Uhrenarbeiter-Verband
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
StGB	Strafgesetzbuch
SVEA	Schweizerischer Verband evangelischer Arbeiter und Angestellter
TVG	(Deutsches) Tarifvertragsgesetz
VVG	Versicherungsvertragsgesetz
ZfA	Zeitschrift für Arbeitsrecht
ZR	Blätter für Zürcherische Rechtsprechung
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht

Problemstellung

Den Ausgangspunkt dieser Arbeit bildet die Annahme, dass viele Arbeitgeber für den Abschluss von Einzelarbeitsverträgen vorbereitete, einheitliche Vertragsordnungen verwenden. Die Problematik standardisierter Einzelverträge mit sogenannten Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) ist im juristischen Schrifttum zwar ausgiebig behandelt worden; in aller Regel betrachten diese Darstellungen aber Verträge des Handels mit Gütern und Dienstleistungen. Die Allgemeinen Arbeitsbedingungen (AAB) stellen insofern einen Sonderfall dar, als im Arbeitsrecht kollektive Regelungen – vor allem Gesamtarbeitsverträge – bestehen, welche überindividuelle Regelungsbedürfnisse zu befriedigen bestimmt sind. Welche praktische Bedeutung einheitliche Einzelverträge neben diesen Kollektivregelungen haben, ist nun aber, soweit ersichtlich, bisher nirgends erfasst worden.

Daraus ergibt sich die Notwendigkeit einer rechtstatsächlichen Untersuchung mit dem Zweck, in qualitativer wie in quantitativer Hinsicht das Wesen der in einzelvertraglichen Einheitsregelungen enthaltenen Allgemeinen Arbeitsbedingungen (AAB) zu bestimmen.

Die rechtliche Würdigung dieser AAB hat von der Problematik auszugehen, wie sie für AGB des Handels entwickelt worden ist. Es kann aber nicht unberücksichtigt bleiben, dass das Arbeitsverhältnis gegenüber Umsatzverträgen verschiedene Besonderheiten aufweist. Letztlich geht es darum, festzustellen, ob bei AAB gleich wie bei AGB die Gefahr besteht, dass der Verwender (Arbeitgeber) dem Vertragspartner unangemessene Klauseln aufzwingen kann und welche Gegenmassnahmen zu treffen wären.

I. Teil: Rechtstatsachen

1. Zweck der Erhebung

Aus der AAB-Problemstellung ergibt sich für die notwendige empirische Untersuchung eine doppelte Zwecksetzung: Zum einen geht es darum,

möglichst viele rechtlich erhebliche Arbeitsvertragsbestimmungen zu erfassen, die in Einheitsverträgen enthalten sind. Neben dem Inhalt dieser Klauseln ist festzustellen, wer sie aufgestellt, d.h. formuliert hat.

Das Ziel ist hier, möglichst viele *verschiedene* Klauseln aufzuspüren, so dass in qualitativer Hinsicht ein möglichst vollständiges Bild der Einheits-Arbeitsvertrags-Wirklichkeit entsteht, das dann als Grundlage für eine rechtliche Beurteilung der AAB dienen kann.

Daneben geht es aber auch darum,

die tatsächliche Bedeutung dieser rechtlich erheblichen Klauseln zu erfassen.

Hier ist es das Ziel, die Verbreitung verschiedener Formen von vorbereiteten Vertragsordnungen wenigstens der Grössenordnung nach zu bestimmen. Es geht also um quantitative Erkenntnisziele. Dies soll letztlich erlauben, über die Bedeutung der AAB-Problematik etwas mehr Klarheit zu schaffen. Dabei kann eine grössere oder geringere Verbreitung einer einzelnen Klausel am Resultat der rechtlichen Beurteilung grundsätzlich (zur Einschränkung sogleich 31.22., FN 2) nichts ändern. Insofern ist das Schwergewicht auf die qualitative Zielsetzung der Untersuchung zu legen.

2. Untersuchungsgegenstand

2.1. Untersuchungsobjekt

Zu untersuchen ist die *Form*, in welcher *Einzelarbeitsverträge* abgeschlossen werden, sowie der *Inhalt* und die Urheberschaft dieser Verträge, soweit sie die Form des Einheitsvertrages aufweisen.

Untersuchungsobjekt ist damit die *Vertragswirklichkeit* zu Beginn des Arbeitsverhältnisses. Dies bedeutet eine Begrenzung in doppelter Hinsicht.

Zum einen soll das Vertragsrecht nur so betrachtet werden, wie es auf dem Papier steht. Unberücksichtigt bleibt damit die «gelebte Ordnung»¹, also

1 REHBINDER, Rechtssoziologie, Berlin/New York 1977, S. 116.

das, was die Vertragsparteien aus dem Vereinbarten machen, d.h. die Arbeitswirklichkeit. Unberücksichtigt bleibt etwa, ob und wie weit von den bestehenden vertraglichen Befugnissen tatsächlich Gebrauch gemacht wird oder wie weit die Ansprüche gegebenenfalls gerichtlich durchgesetzt werden. Unberücksichtigt muss aber auch bleiben, welche Umstände beim Vertragsabschluss typischerweise vorherrschen, also die sog. Einbeziehungssituation. Zu untersuchen ist einzig das *Resultat* des Einbeziehungsvorgangs².

Zum anderen erfolgt eine Beschränkung auf die Begründung des Vertragsverhältnisses. Unberücksichtigt bleiben damit *Vertragsänderungen*. Auch diese Einschränkung ist schwerwiegend; ist doch das Arbeitsverhältnis stetem Wandel unterworfen. Dementsprechend bedarf die vertragliche Ordnung des Arbeitsverhältnisses regelmässig einer Anpassung an veränderte Verhältnisse. Die Beschränkung des Untersuchungsobjekts auf den erstmaligen Vertragsabschluss hat aber den Vorteil, dass das Vertragsverhältnis als Gesamtheit und nicht bloss die Regelung von Teilfragen – etwa eine Lohnerhöhung oder die Einführung von Kurzarbeit – erfasst wird. Zudem wären die Vertragsordnungen verschiedener Arbeitsverhältnisse bei Berücksichtigung der zeitlichen Dimension nur noch mit unverhältnismässig viel grösserem Aufwand vergleichbar.

2.2. *Fragestellung*

Entsprechend dem Zweck der Erhebung ist die Fragestellung überwiegend *deskriptiv*. Zu beschreiben ist die Häufigkeit der Formen, in welchen Einzelarbeitsverträge in der Wirklichkeit abgeschlossen werden sowie – und dies vor allem – ihr Inhalt und ihre Urheberschaft, soweit der Abschluss nach einheitlichem Muster erfolgt.

Sozusagen als Nebenprodukt ergibt sich die Möglichkeit einer verifizierenden Fragestellung: Zu überprüfen wäre die These, dass vorbereitete Vertragsordnungen (AAB) vor allem in mittleren und grösseren Betrieben Verwendung finden. Die Ursache dieses Zusammenhangs wäre einmal darin zu sehen, dass in solchen Betrieben die Rationalisierungswirkung von Einheitsverträgen besonders gross sein müsste. Als alternative oder zusätzliche Ursache wäre anzunehmen, dass in mittleren und grösseren Unternehmungen das Personalwesen von Spezialisten betreut wird, die weit besser als in Kleinbetrieben ein den betrieblichen Verhältnissen angepasstes Vertragsmuster aufzustellen in der Lage sein dürften.

2 Die Ausdehnung des Untersuchungsobjekts in diese Richtung bliebe soziologischen Untersuchungen vorbehalten.

3. Untersuchungstechnik

3.1. Untersuchungsmethode

31.1. Analyse von Vertragsmustern (*Dokumentenanalyse*)

Um den Inhalt der in der Vertragswirklichkeit gebräuchlichen Vordrucke zu erfassen, wurde eine Anzahl von Arbeitgebern¹ schriftlich um «ein Exemplar der Vordrucke, die Sie zum Bestandteil der Verträge mit Ihren Mitarbeitern machen», gebeten.

31.2. Befragung

Die Dokumentensammlung allein versprach im vorliegenden Fall keinen genügenden Aufschluss über die gestellten Fragen. Sie bedurfte der Ergänzung durch eine Befragung. Befragt wurden die Arbeitgeber, nicht die Arbeitnehmer. Der Grund liegt darin, dass die Arbeitgeber eine Antwort auf die gestellten Fragen voraussichtlich weit besser geben konnten als die Arbeitnehmer. Denn es ist anzunehmen, dass anlässlich der Vertragsverhandlungen in aller Regel der Arbeitgeber das Muster präsentiert, nicht der Arbeitnehmer. Der Arbeitgeber würde somit z.B. auch eher wissen, wer das Muster formuliert hat.

31.21. Befragung über die Urheberschaft der AAB

Die Befragung erfolgte mit schriftlichem Fragebogen. Er enthielt folgende Möglichkeiten zum Ankreuzen:

«Die beigelegten Formulare haben wir»

- selbst aufgestellt.
- mit unserer Arbeitnehmervertretung (Betriebskommission) vereinbart.
- als Empfehlung von unserem Verband übernommen.
- aufgrund einer Empfehlung oder Vereinbarung zwischen beiden Verbänden (Arbeitgeberverband und Gewerkschaft) übernommen.»

Adressaten waren dieselben Arbeitgeber, die auch um ein Exemplar ihrer AAB gebeten worden waren.

31.22. Befragung über die Verbreitung der AAB sowie über die Verwendung anderer Vertragsformen

Das quantitative Element sollte, wie erwähnt, nicht Hauptgegenstand der Erhebung sein. Es sollte die Verbreitung der AAB nur der Grössenordnung

1 Zur Durchführung der Stichprobe sogleich 3.2.

nach erfasst werden; spielen doch die entsprechenden Ergebnisse für die rechtliche Beurteilung der AAB in der Regel keine Rolle².

Der Fragebogen enthielt folgende Möglichkeiten zum Ankreuzen:

- Wir schliessen unsere Arbeitsverträge in der Regel *mündlich* ab.
- Wir benützen *vorgedruckte* Formulare; sie finden Anwendung für die folgende Anzahl von Mitarbeitern:...
- Wir benützen keine Vordrucke (Formulare oder Beilagen) für unsere Arbeitsverträge; wir erstellen aber in der Regel ein *Anstellungsschreiben*.

Wiederum wurden die selben Arbeitgeber erfasst wie bei der Befragung über die Urheberschaft der AAB. Im folgenden ist die Konstruktion dieser Stichprobe darzulegen.

3.2. *Auswahl der Befragten*

Bei repräsentativen Befragungen ist grundsätzlich eine Stichprobe anzustreben, die ein verkleinertes Abbild der Grundgesamtheit (sogleich 32.1.) darstellt³. Die Stichprobe wird bestimmt durch ihre Elemente (32.2.), das Auswahlverfahren (32.3.) sowie den Auswahlumfang (32.4.).

32.1. *Grundgesamtheit*

Die optimale Grundgesamtheit wäre die Gesamtheit der *Arbeitsverhältnisse*. Ein Register dieser Rechtsverhältnisse besteht aber nicht - im Unterschied etwa zum Eheregister⁴. Es blieb im vorliegenden Fall nichts anderes übrig, als die Arbeitsverhältnisse über die Gesamtheit der Arbeitnehmer oder aber der Arbeitgeber zu erfassen. Aus verschiedenen Gründen versprach der Weg über die Arbeitgeber grösseren Erfolg⁵.

32.2. *Elemente der Stichprobe*

Wählt man den Arbeitgeber als Erhebungseinheit, dann ergibt sich insofern eine Verfälschung der Stichprobe, als ein Grossteil der Arbeitgeber

2 Immerhin ist denkbar, dass eine weit verbreitete Klausel als üblich im rechtlichen Sinne (z.B. ortsüblich) zu betrachten wäre.

3 Und zwar ein Abbild «hinsichtlich der Heterogenität der Elemente und hinsichtlich der Repräsentativität der für die Hypothesenprüfung relevanten Variablen.» (J. FRIEDRICH, *Methoden empirischer Sozialforschung*, Hamburg 1973, S. 125).

4 D.h. es besteht für die definierte Grundgesamtheit keine Aufstellung ihrer Elemente, anhand derer die Stichprobe gezogen werden könnte (FRIEDRICH, S. 129).

5 Zur erwähnten vermutlichen Unkenntnis der Arbeitnehmer über die Urheberschaft kommt, dass Arbeitnehmer in vielen Fällen der Geheimhaltungspflicht bezüglich der Arbeitsbedingungen unterstehen. Zudem werden Betriebsordnungen, Reglemente usw. - wie die Erhebung bestätigt hat - dem Arbeitnehmer oftmals nur leihweise abgegeben. Schliesslich besteht von den Arbeitnehmern noch weniger als von den Arbeitgebern ein zuverlässiges Register.

mehr als einen Arbeitnehmer beschäftigt. Die Erhebungseinheit (Arbeitgeber) umfasste dann mehrere Untersuchungseinheiten (Arbeitsverhältnisse). Diese Abweichung bedurfte der Korrektur.

Damit jedes Arbeitsverhältnis die statistisch gleich grosse Chance hatte, als Untersuchungseinheit von der Erhebung berücksichtigt zu werden, waren die Arbeitgeber mit einer Vielzahl von Arbeitsverhältnissen dieser Vielzahl entsprechend seltener als Erhebungseinheiten zu berücksichtigen.

Voraussetzung für eine solche Korrektur ist natürlich, dass die Verteilung der Arbeitsverhältnisse auf die Arbeitgeber bekannt ist. Darüber sind nun zuverlässige Angaben dem Statistischen Jahrbuch der Schweiz zu entnehmen. Es enthält eine Verteilung der Beschäftigten⁶ auf die nach Grössenklassen aufgeteilten Arbeitsstätten⁷. Von den insgesamt rund 2 537 000 in der Schweiz Beschäftigten sind demnach z.B. 272 000 in Arbeitsstätten mit mehr als 200, aber weniger als 500 Beschäftigten tätig oder 176 000 Beschäftigte in Arbeitsstätten mit mehr als 1 000 Beschäftigten⁸.

Bei der Stichprobe im Umfang von 250 Einheiten⁹ waren nun proportional zu dieser Verteilung aus der Klasse mit 200–499 Beschäftigten 27 Einheiten (Betriebe), aus der Klasse mit über 1000 Beschäftigten 18 Einheiten herauszuziehen¹⁰.

Damit hatte jedes Arbeitsverhältnis, wie bezweckt, die gleiche Chance, in die Stichprobe einbezogen zu werden. Dementsprechend bestand diese Chance für die Arbeitgeber bzw. Arbeitsstätten in unterschiedlichem Ausmass. Dies war aber unumgänglich. Denn andernfalls wären die Arbeitsverhältnisse in kleinen Betrieben übervertreten, die Arbeitsverhältnisse in grossen Betrieben untervertreten gewesen¹¹.

32.3. *Auswahlverfahren*

Nicht in Frage kam für die vorliegende Erhebung die sog. willkürliche Auswahl, d.h. die Auswahl, welcher «kein expliziter Plan zugrundeliegt» und bei

- 6 Die Zahl der Beschäftigten bedurfte einer Korrektur insofern, als öffentlich-rechtliche Arbeitsverhältnisse sowie Selbständigerwerbende nicht einzubeziehen waren. Am Verhältnis zwischen den Grössenklassen veränderte sich damit aber wenig (abgesehen von der Klasse mit nur einem Beschäftigten, die überhaupt nicht zu berücksichtigen war).
- 7 Zur Abweichung zwischen der Zahl der Arbeitsstätten und derjenigen der Arbeitgeber s. hinten 3.3.
- 8 Statistisches Jahrbuch der Schweiz 1977, Bern 1977, S. 140 (die Angaben gelten für das Jahr 1975).
- 9 Zum Umfang der Stichprobe s. hinten 32.4.
- 10 Zur Verteilung der gesamten Stichprobe auf die Grössenklassen der Betriebe sogleich 32.32, Tabelle 1.
- 11 Der Klein- und Mittelbetrieb (als organisatorische und technische Einheit) ist in der Schweiz ohnehin vorherrschend. Aus dem Statistischen Jahrbuch (vorn FN 8) ergibt sich nämlich, dass mehr als die Hälfte der Beschäftigten, nämlich 55%, in Betrieben mit weniger als 50 Beschäftigten arbeiten.

welcher «die Bestimmung der herauszugreifenden Einheiten aufs Geratewohl erfolgt»¹². Denn ein solches Vorgehen ist nur dann sinnvoll, wenn die Grundgesamtheit gänzlich unstrukturiert ist¹³.

Stattdessen wurde nach dem Prinzip der *Wahrscheinlichkeitsauswahl*¹⁴ vorgegangen: einer Art der Erhebung, bei der jedes Element der Grundgesamtheit eine bekannte Wahrscheinlichkeit erhält, in die Auswahl aufgenommen zu werden¹⁵. Die Auswahl war insofern *einfach* (und nicht komplex)¹⁶, als jedes Element die gleiche Chance der Auswahl haben sollte (zum Auswahlvorgang s. hinten 32.34.).

32.31. Schichtung

Um die Genauigkeit einer Auswahl zu erhöhen¹⁷, ist sie zu schichten¹⁸. Die Schichtung soll nach Merkmalen erfolgen, «die mit den eigentlichen Erhebungsmerkmalen möglichst eng korrelieren»¹⁹.

Eine erste Schichtung war für die vorliegende Erhebung dadurch gegeben, dass die *Betriebsgrösse* ohnehin berücksichtigt werden musste für die Umrechnung von der Erhebungseinheit (Arbeitgeber) auf die Untersuchungseinheit (Arbeitsverhältnis)²⁰. Die Schichten ergaben sich somit aus den Betriebsgrössenklassen gemäss Statistischem Jahrbuch²¹.

Die entsprechende Tabelle des Statistischen Jahrbuchs ermöglicht auch gleich die Berücksichtigung eines zweiten, durchaus sinnvollen Schichtungsmerkmals²², nämlich der Wirtschaftszweige («Wirtschaftsklassen»). Die erwähnte Tabelle gibt somit auch Aufschluss über die Verteilung der Beschäftigten auf die verschiedenen Branchen. Wiederum war die Gesamtheit der Stichprobe, nämlich 250, nach diesem Schlüssel (Verteilung der Beschäftigten) auf die verschiedenen Branchen zu verteilen (sogleich 32.32., Tabelle 1).

12 SCHEUCH, Auswahlverfahren in der Sozialforschung, in: KÖNIG (Hrsg.) Handbuch der Sozialforschung, Bd. I, Stuttgart 1967, S. 309–347 (312).

13 Ebd.

14 Zu den Vor- und Nachteilen der Quoten- bzw. Wahrscheinlichkeitsauswahl s. SCHEUCH, S. 313; WETTSCHUREK, Grundlagen der Stichprobenbildung in der demoskopischen Marktforschung, in: BEHRENS (Hrsg.), Handbuch der Marktforschung, Wiesbaden 1974, S. 173–205 (184 ff.).

15 FRIEDRICHS, S. 136; SCHEUCH, S. 313.

16 SCHEUCH, ebd.

17 SCHEUCH, S. 324.

18 Durch Schichtung wird die Grundgesamtheit in mehrere Schichten eingeteilt, die in sich betrachtet homogener sind als die Grundgesamtheit (FRIEDRICHS, S. 140; SCHEUCH, S. 324).

19 SCHEUCH, S. 324.

20 Vorn 32.2.

21 Nämlich Klassen von «Arbeitsstätten» mit folgender Anzahl von Beschäftigten: 1/ 2–3/ 4–5/ 6–9/ 10–19/ 20–49/ 50–99/ 100–199/ 200–499/ 500–999/ 1 000 und mehr (Vorn FN 8, S. 140).

22 Drei oder noch mehr Schichtungsmerkmale wären aus praktischen Erwägungen (u.a. Auswahlgrösse) kaum sinnvoll; s. dazu SCHEUCH, S. 323.

Tabelle 1: Verteilung der Erhebungseinheiten auf die Schichten

	Betriebsgrößen- klassen*	2-3	4-5	6-9	10- 19	20- 49	50- 99	100- 199	200- 499	500- 999	1000 +	TO- TAL
Wirtschaftsklassen												
PRIMÄRER SEKTOR												
Steinbrüche, Gruben						1						1
SEKUNDÄRER SEKTOR												
Nahrungsmittel		1	1	2	1	1	1	1	2	1		11
Getränkeindustrie							1					1
Tabakindustrie									1			1
Textilien						1	1	1	1			5
Bekleidung, Schuhe, Wäschekonfektion					1	1	1	1	1		1	5
Holz und Möbel		1	1	1	1	2	1	1				8
Papierindustrie								1	1			2
Graphisches Gewerbe					1	1	1	1	1	1		6
Kunststoffverarbeit. Kautschuk u. Leder						1	1					2
Chemische Industrie					1	1	1	1	1		4	8
Industrie d. Steine und Erden						1	1	1				3
Metallindustrie und Gewerbe		1	1	2	3	4	2	3	2	2	1	21
Maschinen, Apparate und Fahrzeugbau			1	1	1	2	3	4	6	4	9	31
Uhrenindustrie und Bijouterie					1	1	1	1	1	1	1	7
Übriges verarbeitendes Gewerbe					1							1
Baugewerbe		1	2	2	4	6	5	4	2	1		27
Energiewirtschaft						1			1			2
TERTIÄRER SEKTOR												
Grosshandel		1	1	1	2	3	2	2	1			13
Detailhandel		5	3	4	3	4	2	2	1	1		25
Handelsvermittlung		1										1
Banken, Versicher. Immobilienhandel				1	1	2	2	2	2	1	1	12
und -Verleih		1										1
Reise, Transport, Lager		1	1	1	2	2	2	2	2	1	1	15
Gastgewerbe		3	3	3	4	3	1	1	1			19
Forschung, Kulturtechnik					1							1
Beratung, kommerz. Dienste		2	1	2	2	2	1	1				11
Kultur, Unterhalt Sport		1										1
Reinigung		1										1
Reparaturgewerbe		1	1	1	1	1						5
Übrige Dienstleist.		1	1	1								3
TOTAL		22	17	22	30	41	30	30	27	13	18	250

* Betriebsgrösse gemäss Anzahl der Beschäftigten

32.32. Form der geschichteten Auswahl

Aus dem bisher Erwähnten folgt, dass die Auswahl *proportional*²³ geschichtet werden sollte. Dies bedeutete, dass innerhalb der Stichprobe die gleiche Verteilung auf die Betriebsgrössen – und Wirtschaftsklassen zu erfolgen hatte, wie sie bei der Gesamtheit der Betriebe besteht²⁴.

Daraus ergab sich nun der Schichtungsplan für den Stichprobenumfang von 250 Elementen (s. Tabelle 1; zum Stichprobenumfang hinten 32.4.).

32.33. Auswahlstufen

Die Ziehung der Stichprobe gemäss dem Schichtenplan war im gegebenen Fall nicht einfach. Das amtliche Handelsregister enthält nämlich weder Angaben über die Grössenklassen noch über die Wirtschaftsklassen der Erhebungseinheiten. Zudem werden dort nicht Betriebsstätten (also technische, organisatorische Einheiten), sondern Unternehmungen (wirtschaftliche Einheiten) aufgeführt. Die dort fehlenden Angaben finden sich zwar in kommerziellen Registern, die auf dem Handelsregister aufbauen²⁵.

Diese Register haben aber die Eigenschaft, dass innerhalb der Schichten (Wirtschaftszweige) eine weitere Unterteilung besteht, nämlich nach Produktgruppen²⁶. Es war somit nicht möglich, die Erhebungseinheiten²⁷ unmittelbar aus der Gesamtheit der jeweiligen Schicht auszuwählen. Vielmehr war ein Zwischenschritt²⁸ einzuschalten. In einer ersten Stufe waren somit innerhalb jeder Schicht (Wirtschaftszweig) Teilschichten (Produktgruppen) auszuwählen. In einer zweiten Stufe konnten dann aus den Teilschichten die Erhebungseinheiten (Betriebe) ausgewählt werden.

32.34. Auswahlvorgang

Die Auswahl der Teilschichten konnte problemlos nach *systematischer* Zufallsauswahl erfolgen, indem jede dritte Produktgruppe herausgegriffen wurde. Problemlos deshalb, weil im erwähnten Register die Teilschichten nicht

23 Die Alternative wäre eine *disproportionale* Schichtung, doch würde sich diese vor allem für die Analyse spezieller Untergruppen eignen (SCHEUCH, S. 325 f.).

24 Es wird «einem Teilkollektiv eine Anzahl von Fällen entnommen, die dem Anteil dieser Schicht an der Gesamtheit entspricht.» (SCHEUCH, S. 325).

25 Im vorliegenden Fall kam zur Anwendung: «KOMPASS-Informationswerk für die Wirtschaft der Schweiz und Liechtenstein, 27. Ausgabe 1977/78, Zürich 1977.

26 So ist etwa der Wirtschaftszweig Chemische Industrie unterteilt in die Gruppen Pharmazeutika, Düngemittel, Kosmetika, Riechstoffe, Farben, Leime usw. (ebd., S. 493).

27 Auch «letzte Auswahlseinheiten», «ultimate sampling units» genannt; s. SCHEUCH, S. 327.

28 Zur mehrstufigen Auswahl s. SCHEUCH, S. 327–329.

(bzw. nicht erkennbar) systematisch angeordnet sind, sondern eine lose Aufzählung von Produktgruppen darstellen²⁹.

Für die Auswahl der Erhebungseinheiten aus der Teilschicht dagegen empfahl sich die *reine* Zufallsauswahl mittels Zufallstabellen, also mittels einer Tafel mit sog. Zufallszahlen³⁰. Innerhalb der Teilschichten sind im verwendeten Register die Elemente nämlich alphabetisch angeordnet, so dass bei systematischer Auswahl die zu Beginn des Alphabets stehenden Namen bevorzugt worden wären. Bei der Anwendung der Zufallstabellen schliesslich war darauf zu achten, dass jeder Erhebungseinheit eine – und nur eine – Zahl zuerkannt wurde³¹.

32.4. *Auswahlumfang*

Der Auswahlumfang wurde auf 250 Elemente festgelegt. Diese Zahl mag – angesichts des Umfangs der Grundgesamtheit (dazu sogleich 3.3.) – als gering erscheinen. Es ist aber zu beachten, dass die Zuverlässigkeit der Schlussfolgerungen in erster Linie vom absoluten Umfang der Auswahl und kaum vom Verhältnis ihrer Grössenordnung zur Gesamtheit bestimmt wird³². Für die vorliegende Erhebung liegt der *Standardfehler* für die Erfassung eines in der Grundgesamtheit gegebenen Prozentsatzes von beispielsweise 30% – optimale Erhebungsbedingungen vorausgesetzt³³ –

- für einen Stichprobenumfang von 125 bei 4,09%
- für einen Stichprobenumfang von 250 bei 2,89%
- für einen Stichprobenumfang von 500 bei 2,04%³⁴

Selbst bei mässiger Rücklaufquote dürfte somit ein hinreichend zuverlässiges Ergebnis erwartet werden³⁵.

3.3. *Erhebungsfehler*

Eine erste Fehlerquelle ergibt sich daraus, dass in Wirklichkeit vielfach mehrere Betriebe (organisatorische Einheiten) zu einer einzigen Unternehmung

29 Jedenfalls dürfte sich die Systematik der Gesamtheit (hier: der Schicht) nicht mit der Systematik der Auswahl decken; SCHEUCH, S. 321.

30 Zum Begriff der Zufallszahl s. FRIEDRICHS, S. 139; SCHEUCH, S. 321.

31 SCHEUCH, S. 321. Für die vorliegende Erhebung wurden die Zufallstabellen folgendem Werk entnommen: OTT (Hrsg.), *Handbuch der praktischen Marktforschung*, München 1972, S. 205.

32 SCHEUCH, S. 309.

33 Zu den Erhebungsfehlern sogleich 3.3.

34 Dies gemäss folgender Formel: $s = \sqrt{\frac{p \cdot q}{n} \cdot \left(1 - \frac{n}{N}\right)}$, wobei p der angenommene Prozentsatz in der Grundgesamtheit ist (z.B. 30% der Arbeitgeber verwenden AAB); q = 1-p; n = Umfang der Auswahl; N = Umfang der Gesamtheit (dazu sogleich 3.3.) und s = Standardfehler der Erhebung (zum Begriff des Standardfehlers s. SCHEUCH, S. 319).

35 Zur Rücklaufquote s. hinten 4.1.

(wirtschaftlichen Einheit) zusammengefasst sind. Die rechtliche Regelung der Arbeitsverhältnisse wird aber in aller Regel von der wirtschaftlichen Einheit aus, oft einheitlich, festgelegt. In weiteren Fällen ist darüber hinaus damit zu rechnen, dass verschiedene rechtlich selbständige Unternehmungen durch wirtschaftliche Verflechtung (Konzernbildung) einer einheitlichen Leitung unterstehen, wovon wiederum auch die Regelung der Arbeitsverhältnisse betroffen sein dürfte³⁶.

Eine zweite Fehlerquelle ergibt sich aus der Tatsache, dass viele kleine Unternehmungen nicht im Handelsregister eingetragen sind. Sie trotzdem zu erfassen wäre ausserordentlich schwierig. Wohl wird dadurch die Grundgesamtheit der Untersuchung erheblich reduziert. Das verwendete kommerzielle Handelsregister³⁷ umfasst aber immerhin über 22'000 Unternehmungen³⁸, so dass die Aussagekraft der Untersuchung meines Erachtens nicht schwerwiegend beeinträchtigt ist.

4. Ergebnisse

4.1. *Rücklaufquote und Vollständigkeit der Antworten*

Von den 250 Fragebogen der gesamten Stichprobe kamen deren 135 zurück, das entspricht 54%. Von den 135 antwortenden Unternehmungen befanden sich zwei in Konkurs, eine dritte war liquidiert. Somit verblieben 132 *verwertbare Antworten* (entsprechend 53% der Befragten).

Während die Fragebogen fast ausnahmslos vollständig ausgefüllt wurden, entstand der Eindruck der Vollständigkeit beim erbetenen Material nicht. Öfters fanden sich in Formularen und Reglementen Hinweise auf weitere, zwischen den Parteien vereinbarte Vertragstexte, die nicht mitgeliefert wurden. Demzufolge ist mit einer erheblichen Dunkelziffer weiterer AAB zu rechnen. Die registrierten vorbereiteten Vertragsordnungen sind in diesem Sinne als Minimum der effektiv bestehenden AAB zu betrachten.

4.2. *Verbreitung verschiedener Formen von AAB*

Überhaupt keine AAB werden in insgesamt 47 Fällen verwendet (= 36% der 132 auswertbaren Antworten). In 12 Fällen werden die Verträge

36 Eine Berücksichtigung dieser Verflechtungen bei der Stichprobenauswahl muss aus praktischen Gründen scheitern, denn oftmals ist die Verflechtung in keiner Weise transparent. Sie wird erst sichtbar, wenn statt des Befragten seine Konzernzentrale den Fragebogen zurückschickt.

37 Vorn FN 25.

38 Gemäss eigenen Angaben, ebd. S. 2.

nämlich nur mündlich abgeschlossen, in 35 Fällen wird in der Regel ein individuelles Anstellungsschreiben erstellt.

Rund zwei Drittel der den Fragebogen beantwortenden Arbeitgeber verwenden also vorbereitete Vertragsordnungen. Diese AAB weisen aber verschiedene Formen auf. Ohne allzu grobe Schematisierung lässt sich folgende Einteilung vornehmen:

a) Als *Formulare* sollen inhaltlich offene, d.h. der individuellen Ergänzung bedürftige Urkunden bezeichnet werden. Regelmässig ist vorgesehen, dass sie von den Vertragsparteien unterzeichnet werden¹.

Durch ein Formular allein regeln 20 der angefragten Arbeitgeber ihre Arbeitsverhältnisse (= 15% der ausgewerteten Fälle). Formulare werden aber zudem in 45 weiteren Fällen verwendet, allerdings zusammen mit der anderen typischen Form von AAB, dem Reglement.

b) Als *Reglemente* gelten im folgenden solche Vertragsordnungen, die einer individuellen Ergänzung nicht zugänglich sind. In aller Regel werden sie von den Vertragsparteien auch nicht unterzeichnet, sie werden vielmehr nur global in den Vertrag einbezogen².

Wie erwähnt, kommen sie in 45 Fällen meiner Erhebung mit Formularen zusammen zur Anwendung. In weiteren 20 Fällen wird zudem einzig ein Reglement (als Vordruck) verwendet; häufig wird dann zusätzlich ein Anstellungsschreiben erstellt (in der Untersuchung waren es 9 Fälle).

Betrachtet man die vorgefundenen AAB als Gesamtheit (effektiv 85 Fälle), dann haben die zwei typischen AAB-Formeln folgende Bedeutung:

In 20 Fällen (= 24%) besteht ein Reglement

In 20 Fällen (= 24%) besteht ein Formular

In 45 Fällen (= 52%) bestehen sowohl ein Formular als auch ein Reglement.

Zu ergänzen ist allerdings, dass auch Misch-Formen vorkommen; Urkunden etwa, die seitenlang kleingedruckten Text enthalten und daneben mehrere im Einzelfall auszufüllende Rubriken (meist: Festsetzung der Lohnhöhe, Eintrittsdatum, Arbeitszeit, Art der Arbeitsleistung oder Kündigungsfrist). In solchen Fällen wurde die Einteilung in eine der zwei Kategorien nach dem überwiegenden Charakter der Urkunde vorgenommen.

¹ Zur rechtlichen Würdigung s. II. Teil, 33.22.

² Zur globalen Einbeziehung s. II. Teil, 12.21., zur weiteren rechtlichen Würdigung des Reglements II. Teil, 33.21.

4.3. *Verbreitung nach Betriebsgrössenklassen*

Mündliche Verträge herrschen in Kleinbetrieben³ deutlich vor: auf sie entfallen 11 der 12 Fälle mit mündlichem Vertragsschluss. Dazu kommt ein einziger mittelgrosser Betrieb.

Die individuellen Anstellungsschreiben entfallen zu 53% auf Kleinbetriebe und zu 47% auf Mittelbetriebe.

Daraus folgt, dass sämtliche erfassten Großbetriebe in irgendeiner Form Allgemeine Arbeitsbedingungen einheitlich festlegen.

Bei den verschiedenen *Formen von AAB* tendieren Kleinbetriebe zur Verwendung von Formularen (12 Fälle) und zu kombinierten AAB (7 Fälle), nur selten verwenden sie einzig ein Reglement (2 Fälle). Bei Mittelbetrieben ist die kombinierte Form am häufigsten (18 Fälle), seltener sind allein Reglemente (11 Fälle) und allein Formulare (7 Fälle). Deutlich ist die Vorliebe der Grossbetriebe für kombinierte AAB (20 Fälle); wesentlich seltener werden allein Reglemente verwendet (7 Fälle) und kaum allein ein Formular (1 Fall).

Ausgesprochen deutlich ist damit die Korrelation zwischen Betriebsgrösse und Vertragsform gegeben, die als Hypothese der Untersuchung zugrunde lag und die wohl auf die vorn (2.2.) erwähnten Gründe zurückzuführen ist.

4.4. *Urheberschaft der AAB*

Die allermeisten AAB werden offensichtlich vom Arbeitgeber selbst formuliert, nämlich rund drei Viertel (65 von 85 Fällen). In 12 Fällen ist der Arbeitgeberverband als Urheber zu bezeichnen und in 8 Fällen, d.h. knapp 10%, werden die AAB mit Arbeitnehmervertretungen innerbetrieblich gemeinsam aufgestellt oder den Einzelvertragsparteien von den Verbänden (überbetrieblich) zur Anwendung empfohlen.

4.5. *Inhalt der AAB*

Die rechtliche Würdigung des Inhalts der vorgefundenen AAB ist dem 4. Teil vorbehalten. Angaben über die Häufigkeit einzelner Klauseln sind meines Erachtens dabei nur in besonderen Fällen sinnvoll, etwa dann, wenn AAB die

3 Für die folgende Statistik gilt als Kleinbetrieb ein solcher mit weniger als 50 Beschäftigten in der Industrie und mit weniger als 20 Beschäftigten im Dienstleistungssektor. Als Mittelbetriebe gelten solche mit bis zu 500 Beschäftigten in der Industrie und mit bis zu 200 Beschäftigten im Dienstleistungssektor. Diesen Kategorien haftet zweifellos etwas Willkürliches an. Anerkannte allgemeingebräuchliche Einteilungen bestehen jedoch, soweit ersichtlich, nicht.

Funktion anderer Gestaltungsfaktoren des Arbeitsverhältnisses übernehmen, indem sie etwa an Stelle des Gesamtarbeitsvertrages die Gewährung von Ansprüchen auf Sozialleistungen regeln.

Vorgängig sind nun aber die Grundlagen für die rechtliche Beurteilung der AAB zu schaffen.

2. Teil: Die arbeitsvertragliche Einheitsregelung

1. AGB im Arbeitsrecht

Die offensichtliche Ähnlichkeit Allgemeiner Geschäftsbedingungen im Arbeitsrecht mit solchen im übrigen Vertragsrecht, insbesondere im Kaufrecht, führt zur Frage, ob und allenfalls wie weit die rechtliche Beurteilung von AGB auch für AAB nutzbringend anzuwenden ist.

Als rechtlich erhebliche Wesensmerkmale der AGB gelten vor allem die folgenden:

a) abstrakte, gesetzesähnliche Formulierung¹; überindividuelle, generelle Aufstellung²; Vorformulierung «für eine Vielzahl von Verträgen»³.

b) einseitige Aufstellung durch den Verfasser in der Erwartung vorbehaltloser Annahme⁴.

Die Zusammenfassung dieser Merkmale in zwei Gruppen soll zeigen, dass AGB meines Erachtens durch zwei hauptsächliche Eigenschaften gekennzeichnet sind, nämlich einerseits durch *Gesetzesähnlichkeit* und andererseits durch *Einseitigkeit*. Anhand dieser zwei Eigenschaften sollen nun die AGB näher betrachtet und Besonderheiten der AAB aufgezeigt werden.

1.1. Gesetzesähnlichkeit

11.1. Äussere Ähnlichkeit

Die Vertragswirklichkeit im Arbeitsrecht ist vielfältig. Nicht jeder Arbeitgeber überrascht die Stellensuchenden mit einem gegen hundert Seiten umfassenden, in mehrere Rubriken aufgeteilten Nachschlagewerk, das er als «integrierenden Bestandteil» des Arbeitsvertrages verstanden haben will. Doch ist dies offensichtlich kein Einzelfall⁵. Solche Handbücher unterscheiden sich äusserlich kaum von den als Loseblattsammlungen ausgestalteten systematischen Gesetzessammlungen des Bundes (SR) und vieler Kantone. Damit über-

1 MERZ, Massenvertrag und Allgemeine Geschäftsbedingungen, FS Wilhelm Schönenberger, 1968; neu abgedruckt in: Ausgewählte Abhandlungen zum Privat- und Kartellrecht, 1977, S. 313–342 (315).

2 BAUER, Schutz vor unbilligen Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGR) im schweizerischen Recht, Zürich 1977. S. 6 ff. mit weiteren Nachweisen.

3 § 1 des deutschen AGB-Gesetzes.

4 BAUER, S. 7 (m. Nachweisen). In gleichem Sinn wiederum § 1 AGBG.

5 Von den 65 Fällen meiner Untersuchung, in welchen AGB in Form von Reglementen verwendet werden, weisen 7 einen Umfang von mehr als 50 Seiten und die Form einer Loseblattsammlung auf. Rechtlich erhebliche Bestimmungen sind gelegentlich durchsetzt mit Informationen für den neueintretenden Mitarbeiter.

treffen sie umfangmässig bei weitem das für AGB – z.B. im Kaufrecht – Übliche. Aber auch weniger umfangreiche Reglemente und «Ordnungen» sind regelmässig in Artikel gegliedert, mit Randtiteln versehen und oftmals in juristisch ausgefeilter Sprache abgefasst.

Die Tatsache dieser äusseren Gesetzesähnlichkeit wird jedenfalls bei der Frage der wirksamen Einbeziehung in den Vertrag zu berücksichtigen sein (vgl. hinten 3. Teil 4.2.).

11.2. *Gesetzesähnliche Wirkung*

Nach SÄCKER ist der *generell-abstrakte* Charakter Allgemeiner Geschäftsbedingungen als «rechtstatsächlicher Befund» in Rechtsprechung und Literatur allgemein anerkannt⁶.

11.21. *Genereller Charakter*

Eine Regelung gilt als generell, wenn sie sich an einen nicht objektiv bestimmten, sondern nur bestimmbaren Personenkreis wendet⁷. Als Kriterium soll somit die Bestimmtheit der Adressaten dienen. In dieser Beziehung unterscheiden sich AAB nicht von AGB. Bestimmungsgemäss werden sie für die Zukunft allen gleichartigen Verträgen des Verwenders zugrundegelegt.

Bei AAB finden sich oft sogar ausdrückliche Hinweise auf diese Absicht; unter dem Titel «Geltungsbereich» wird der entsprechende Personenkreis abgegrenzt, z.B.:

Dieses Reglement findet Anwendung für das gesamte Betriebspersonal/ für das ganze Büropersonal/ für das gesamte Personal, das dauernd mehr als die Hälfte der normalen Arbeitszeit beschäftigt ist/ etc.

Den Gegensatz dazu bildet die *individuelle* Regelung, welche sich auf einen Adressatenkreis bezieht, «der sich in Zukunft weder erweitern noch verkleinern wird»⁸, also auf einen oder mehrere, mit Namen zu bezeichnende Arbeitnehmer.

11.22. *Abstraktheit*

Eine Regelung gilt als abstrakt, «wenn sie eine im Erlasszeitpunkt unbestimmte Zahl von Fällen betrifft, also die Möglichkeit künftiger gedachter Tatbestandsverwirklichung offen lässt»⁹. Als Kriterium dient hier, so ist

6 SÄCKER, Gruppenautonomie und Übermachtkontrolle im Arbeitsrecht, Berlin 1972, S. 101 mit Nachweisen.

7 Ebd., S. 99.

8 Ebd.

9 Ebd., S. 99 f.

SÄCKER wohl zu verstehen, die Bestimmtheit des *Gegenstandes*: Soll ein bestimmter Vorgang erfasst werden, bedarf es keiner Regel, es genügt z.B. eine einmalige vertragliche Einigung oder eine einzelne Weisung. Sollen hingegen die in der Zukunft zu erwartenden Vorgänge erfasst werden, bedarf es einer echten «Regelung», die vom Einzelfall abstrahiert.

Auch bezüglich dieses Merkmals, nämlich bezüglich ihres abstrakten Charakters, erachtet SÄCKER AGB und AAB als gleichwertig¹⁰. Dabei übersieht er meines Erachtens eine wichtige Besonderheit des Vertrages überhaupt und des Arbeitsvertrags im besonderen. Dieser dient, wie etwa der Mietvertrag oder der Gesellschaftsvertrag, der Regelung eines *Dauerschuldverhältnisses*. Die abstrakte Regelung zukünftiger Fälle ist bei diesen Vertragstypen geradezu Wesensmerkmal *jedes* Vertrages, auch des Individualvertrages¹¹. Daraus folgt, dass die (sachliche) Abstraktheit des Inhalts kein Kriterium für die Gesetzesähnlichkeit darstellen kann, es muss allein auf den adressatenmässig generellen Charakter ankommen¹². Die generelle Regelung eines Arbeitsverhältnisses – als Dauerschuldverhältnis – hat somit in jedem Fall gesetzeseähnlichen Charakter.

11.3. Die Frage der Rechtsnatur von AGB und AAB

Die Gesetzesähnlichkeit von AGB und AAB ist eine empirisch feststellbare Tatsache. Aus dieser Tatsache werden nun aber die verschiedensten rechtlichen Schlüsse gezogen. Dies äussert sich im Vielerlei von Bezeichnungen für den gleichen Gegenstand.

AGB sind angeblich «als solche Normen»¹³, «tatsächliche Normen»¹⁴, aber auch «Rechtsnormen»¹⁵, genauer «akzeptierte Rechtsnormen»¹⁶. Diese

10 Ebd., S. 101.

11 Beispiele ausgeprägt abstrakter Regelungen sind die Skalen für die Lohnzahlung bei Verhinderung des Arbeitnehmers an der Arbeitsleistung, Absenzenregelungen, Entschädigungsregelungen bei Erfindungen des Arbeitnehmers usw. Zwar sind abstrakte Regelungen auch bei Austauschverträgen gebräuchlich (z.B. Gewährleistungsregelungen), aber hier überwiegen die einmaligen, feststehenden und unbedingten Ansprüche.

12 Zum gleichen Ergebnis kommt eigentlich auch SÄCKER, allerdings m.E. auf einem etwas komplizierteren Weg: Er erläutert ausführlich die angeblich bestehenden «Misch- und Übergangstypen» abstrakt-individueller und konkret-genereller Arbeitsbedingungen (S. 108–116) und findet nur bei der konkret-generellen Art die Behandlung als AAB gerechtfertigt; den *abstrakt-individuellen* Typ will er gleich behandeln wie den Einzelvertrag. Dass er das Kriterium der Abstraktheit nicht überhaupt fallen lässt, liegt wohl an der Herkunft dieser Kategorien, nämlich dem Verwaltungsrecht: Die Einzelverfügung ist anders als der individuelle Dauerschuldvertrag für die Regelung zukünftiger Fälle kaum geeignet, denn bei ihr tritt zum individuellen Charakter typischerweise die Beschränkung auf die konkrete Situation.

13 HELM, Grundlagen einer normativen Theorie Allgemeiner Geschäftsbedingungen, FS Schnorr v. Carolsfeld, 1973, S. 125–146 (146).

14 SÄCKER, S. 101.

15 RAISER, Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Hamburg 1935, S. 61.

16 MEYER-CORDING, Die Rechtsnormen, Tübingen 1971, S. 47; mit Nachweis unzähliger weiterer Bezeichnungen, S. 86.

Bezeichnungen sagen letztlich mehr über den Normenbegriff ihrer Autoren aus als über AGB. Was sie alle jedoch daran hindert, AGB ohne weiteres dem objektiven Recht (was immer das sei) zuzuordnen, ist deren *privatautonome Geltung*.

11.31. *Widerspruch zwischen Geltung und Wirkung*

Die Ansicht, AGB seien ipso-iure geltende Rechtsnormen, wird heute nicht mehr¹⁷ vertreten. AGB haben – nach herrschender Lehre in Deutschland¹⁸ und der Schweiz¹⁹ – einen *rechtsgeschäftlichen* Geltungsgrund. Verlangt wird in der Regel ein sogenannter «Einbeziehungsvertrag»²⁰, «Unterwerfungsvertrag»²¹ o.ä.; aber auch die «faktische Übernahme»²² wird in Betracht gezogen. Vorerst sollen indessen die verschiedenen Möglichkeiten und Voraussetzungen der Übernahme ausser acht bleiben. Für die Rechtsnatur der AGB ist einzig von Bedeutung, dass ein Rechtsgeschäft genügen soll, um den AGB Geltung zu verleihen.

Mit dieser rechtlichen Eigenschaft der AGB steht nun ihre faktische Eigenschaft der gesetzesähnlichen Wirkung in einem gewissen Widerspruch. Dies jedenfalls dann, wenn man die Kategorien «Rechtsgeschäft» und «Rechtsnorm» strikt trennt, jede Verbindungsmöglichkeit ablehnt und annimmt, beide Phänomene seien nur in ihrer reinen Form denkbar. Natürlich hat diese Betrachtungsweise erhebliche Vorteile. Die Anwendung «reiner» Normen und die Abwicklung «reiner» Verträge geschieht nach festgelegten, allen Beteiligten ersichtlichen Regeln. So ist die objektive Auslegung des Gesetzes ebenso selbstverständlich wie die fallbezogene des Vertrags.

Verneint man hingegen den Widerspruch zwischen individueller Geltung und genereller Wirkung, indem man die AGB als «*rechtsgeschäftlich aufgestellte Norm*»²³ betrachtet, dann verzichtet man auf die konsequente Trennung der zwei Kategorien. Nach REHBINDER handelt es sich bei AGB um «Zwitterphänomene, die weder unter den Gesetzesbegriff noch unter den Rechtsgeschäftsbegriff hinreichend zu subsumieren sind»²⁴. Aus dieser Sicht ist der Streit zwischen Vertragstheorie und Normentheorie (um die Rechtsnatur der

17 Nach HELM ist diese Meinung «nur aus der völligen Verwirrung der Rechtsquellenlehre im nationalsozialistischen Unrechtsstaat» erklärlich; HELM, S. 126.

18 Ebd., S. 133.

19 SCHULER, Über Grund und Grenzen der Geltung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Bern 1978, S. 48 f. mit Nachweisen.

20 Ebd., S. 58 ff., mit Nachweisen.

21 HELM, S. 146.

22 REHBINDER, AGB und die Kontrolle ihres Inhalts, Berlin 1972, S. 19.

23 REHBINDER, Inhaltskontrolle, S. 44.

24 Ebd., S. 19.

AGB) «bei der veralteten Rechtsquellenlehre stehen geblieben, die die Möglichkeit der Rechtssetzung durch Rechtsgeschäft negiert»²⁵. Überzeugend fordert auch MEYER-CORDING die rechtliche Anerkennung der Kombination von Norm und Vertrag, von ihm «institutionelle Wahlnorm» genannt²⁶. Er betrachtet sie als Instrument einer neuen juristischen Regeltechnik²⁷ angesichts der von ihm festgestellten Funktionsschwächen des Gesetzgebers²⁸ einerseits und der «Vertragsdämmerung»²⁹ in unserem Massenrechtsverkehr andererseits.

Von dieser Vertragsdämmerung ist aber jedenfalls in der juristischen Dogmatik noch nicht viel zu spüren. Als typischer Fall gilt nach wie vor der reine Vertrag, nach Möglichkeit ein Handkauf altrömischer Art. Deshalb muss die Lehre von der rechtsgeschäftlichen Norm, indem sie die ausgebauten Kategorien verlässt bzw. vermischt, auf Schwierigkeiten stossen. Welche Regelung soll z.B. für die Auslegung eines solchen Zwitters gelten? Wie sind AAB in die Hierarchie der Rechtsquellen einzuordnen? Erst wenn die rechtsgeschäftliche Norm mit allen Konsequenzen bewältigt ist, kann der Widerspruch zwischen Geltung und Wirkung als überwunden gelten.

11.32. *Rechtliche Einordnung der rechtsgeschäftlichen Norm*

Zu Recht weist MEYER-CORDING darauf hin, dass auch Vereinsstatuten und Gesamtarbeitsverträge «hybride Mischformen» zwischen Gesetz und Vertrag darstellten³⁰. Wer nun erwartet, dass die Rechtswissenschaft für diese – insgesamt doch einige Bedeutung aufweisenden – besonderen Formen privater bzw. gruppenautonomer Rechtsgestaltung eigne Regeln der Rechtsanwendung und -ausübung entwickelt hätte, sieht sich etwas enttäuscht. Die Erörterung von Teilproblemen herrscht vor, nur anhangsweise wird jeweils noch auf die Besonderheiten etwa der Auslegung von AGB verwiesen. Die Gesamtschau von MEYER-CORDING stellt eine Ausnahme dar, doch ist sie auf die Frage der Rechtsnatur der «Wahlnormen» konzentriert und enthält nur wenig über die Konsequenzen.

Theoretisch bieten sich meines Erachtens folgende Alternativen an:

a) Für die Kategorie der rechtsgeschäftlichen Norm werden *eigenständige, wenn nötig neu zu entwickelnde Regeln* der Geltung, Auslegung, Einordnung ins Normensystem, Überprüfbarkeit im Rechtsmittelverfahren etc. aufgestellt.

25 Ebd., S. 18.

26 MEYER-CORDING, S. 97 ff.

27 Ebd., S. 152.

28 Ebd., S. 60 ff.

29 Ebd., S. 151.

30 MEYER-CORDING, S. 97.

b) Die für Rechtsgeschäfte und Gesetze *bestehenden Regeln werden kombiniert*, indem für jedes Problem die jeweils besser passende Regelung ausgewählt wird.

Die zweite Möglichkeit ist wesentlich pragmatischer. Es erstaunt nicht, dass die Rechtsprechung diesen Weg bevorzugt, kann doch damit die Rechtssicherheit wenigstens zum Teil erhalten bleiben. Diese Rücksicht müsste die *Rechtswissenschaft*, jedenfalls soweit sie Grundlegendes aufzeigt, nicht nehmen. Soweit ersichtlich, beschränkt aber auch sie sich auf die Kombination bestehender Elemente.

Nach HELM soll über die *Geltung* der AGB Vertragsrecht entscheiden, ihre *Anwendung* aber Normanwendungsregeln unterstehen³¹. Er begründet dies damit, dass AGB «ihrer Funktion nach», d.h. ihrer Zwecksetzung entsprechend, Normen seien³². Nur im «rein funktionellen Bereich» sollten die für Rechtsnormen geltenden Regeln zur Anwendung kommen. Dies entspricht der Rechtsprechung des BGH, wonach:

- Der Inhalt von AGB revisibel, d.h. durch die Revisionsinstanz nachprüfbar ist, sofern die AGB eine gewisse Verbreitung aufweisen. Damit wird eine gleichmässige Rechtsanwendung angestrebt³³.
- AGB wie Gesetze auszulegen sind, die Besonderheiten des Einzelfalles also nicht berücksichtigt werden sollen³⁴.

Auf der anderen Seite soll im «individuellen» Bereich reines Vertragsrecht gelten³⁵, so dass gemäss BGH

- für die Geltung ein Einbeziehungsvertrag erforderlich ist³⁶;
- der Einbeziehungsvertrag sich nur auf die Einbeziehung selbst, nicht aber auf den Inhalt der AGB erstreckt³⁷.

Die Rechtsprechung des BGH zwingt HELM m.E. allerdings dazu, den individuellen Bereich recht eng und den funktionellen recht weit zu fassen. Der BGH hat nämlich entschieden, dass

auch eine stillschweigende Einzelvereinbarung widersprechende AGB ausser Kraft setzt³⁸

- bei Kollisionen zwischen mehreren AGB-Ordnungen keine von ihnen oder nur eine, diese aber vollumfänglich zur Anwendung kommen soll³⁹.

In diesen Fällen sollen also gesetzliche, nicht vertragliche Grundsätze gelten. Denn nach vertraglichen Grundsätzen kann, wenn Schriftform

31 HELM, S. 146.

32 Ebd., S. 133.

33 BGH (18. 9. 1963) in: NJW 1963, S. 2227.

34 BGH (22. 10. 1970) in: BGHZ 54, S. 352 ff.

35 HELM, S. 140 f.

36 BGH (13. 7. 1973) in NJW 1973, S. 2154.

37 BGH (29. 9. 1960) in: BGHZ 33, S. 216 ff.

38 BGH (29. 5. 1968) in: BGHZ 50, S. 206.

39 BGH (8. 7. 1955), BGHZ 18, S. 99.

vereinbart worden ist, eine stillschweigende Vereinbarung eine schriftliche nicht verdrängen; und aus mehreren AGB würden nach vertraglichen Grundsätzen die jeweils passenden, vom Konsens erfassten Klauseln herausgesucht⁴⁰.

Man erhält somit den Eindruck, dass nicht die Rechtsprechung sich deduktiv aus der HELM'schen Abgrenzung ableiten lässt, sondern dass umgekehrt die HELM'schen Begriffe «individueller» und «funktioneller» Bereich induktiv auf die Rechtsprechung zurückzuführen sind. Der Rechtsprechung muss meines Erachtens vielmehr eine gesonderte Wertung zugrunde liegen. Diese äussert sich in der Entscheidung, ob die zu beurteilende Rechtsfrage näher zur Wirkung oder näher zur Geltung in Beziehung steht.

Diese Entscheidung ist zu begründen, und es genügt m.E. nicht allein der Hinweis auf die Tatsache der normenähnlichen Wirkung bzw. auf das Erfordernis individueller Geltung. Vielmehr ist rechtsdogmatisch zu begründen, *weshalb* die gegebene Rechtsfrage engere Beziehung zur Geltung (bzw. zur Wirkung) hat. So ist z.B. die Begründung dafür zu liefern, weshalb das Problem der Auslegung mit der *Wirkung* der rechtsgeschäftlichen Norm engeren Zusammenhang aufweisen soll als mit deren *Geltung*.

Problematisch wird diese Entscheidung dann, wenn die Rechtsfrage weder der Geltung noch der Wirkung eindeutig zuzuordnen ist. In diesem Fall ist das «Baukastensystem», d.h. die Kombination der gegebenen Regeln für Gesetz und Vertrag, an seine Grenzen gelangt. Es bleibt dann nichts anderes übrig, als für die rechtsgeschäftliche Norm *eigene Regelungen* aufzustellen.

11.33. *Rechtsgeschäftliche Normen im Arbeitsrecht*

Die normenähnliche Wirkung ist, wie oben dargelegt, bei AAB ebenso anzunehmen wie bei AGB. Auch sie sind rechtsgeschäftliche Normen und bedürfen in dieser Beziehung der gleichen rechtlichen Behandlung wie AGB.

Für das Arbeitsrecht ist aber die Besonderheit der *Kollektivvereinbarungen* zu beachten. Sie stellen ebenfalls rechtsgeschäftliche Normen dar, allerdings mit normativer Wirkung aufgrund der körperschaftlichen Satzungs-gewalt der Verbände. Im Konflikt zwischen diesen autorisierten Normen und den nicht autorisierten AAB wird in der deutschen Literatur ein Hauptproblem der AAB gesehen⁴¹, gegenüber welchem das Verhältnis der AAB zum Gesetz weit weniger Beachtung findet⁴². Meines Erachtens existieren beide Probleme

40 Gleicher Ansicht HELM, S. 139.

41 Zum Problem der Abänderbarkeit von AAB durch Kollektivvereinbarungen siehe auch SÄCKER, S. 235–368.

42 Diese Einseitigkeit ist erklärbar, wohl vor allem mit der Beschränkung wissenschaftlicher Thematik auf den von der Rechtsprechung gelieferten «Stoff». Sie ist aber m.E. nicht gerechtfertigt. Nach wie vor untersteht nämlich nur ein Bruchteil der Arbeitsverhältnisse einem Gesamtarbeitsvertrag.

nebeneinander. Die für AGB entwickelte Kombination rechtsgeschäftlicher und vertraglicher Regeln kann für beide Problemkreise als Lösungsgrundlage dienen.

11.4. *Ergebnis*

AAB sind wie AGB aufgrund ihrer gesetzesähnlichen Wirkung *rechtsgeschäftliche Normen*. Für ihre Behandlung als generelle Norm muss aber bei jeder Einzelfrage (so etwa für die Frage der Auslegung, s. hinten 5.) geprüft werden, ob diese Einzelfrage mit der Wirkung der AGB in engerem Zusammenhang steht oder mit deren Geltung.

1.2. *Einseitige Aufstellung*

Die einseitige Aufstellung stellt neben der gesetzesähnlichen Wirkung das zweite Wesensmerkmal der AGB dar. Es soll darunter die Tatsache verstanden werden, dass eine Vertragspartei der anderen die Vertragsbedingungen stellt (so auch § 1 des deutschen AGBG). Hingegen soll damit vorerst noch keine Bewertung des Inhalts verbunden sein.

12.1. *Bedeutung der Urheberchaft*

Der Urheber braucht mit dem Verwender von AGB nicht identisch zu sein. In verschiedenen Wirtschaftszweigen werden AGB von Verbänden aufgestellt⁴³, meist allein vom Verband der Verwender⁴⁴. Daneben bestehen aber auch zweiseitig von Verbänden ausgehandelte AGB⁴⁵. Nach deutscher Rechtsprechung und herrschender Lehre verdienen solche AGB – auch ausgehandelte – *keine Sonderbehandlung*⁴⁶.

Für die AAB hat meine Untersuchung ergeben, dass rund 80% der Formulare und Reglemente allein vom Arbeitgeber und rund 10% vom Arbeit-

43 Vgl. z.B. H. KELLER, AGB – Eine Rechtstatsachenuntersuchung in einigen Zweigen der Schweizerischen Wirtschaft, Diss. Bern 1970, S. 3. Die deutsche «Verdingungsordnung für Bauleistungen (VOB)» hat sogar Eingang ins AGB-Gesetz gefunden (§ 23 Abs. 2 Nr. 5).

44 Z.B. die «Ordnungen für Arbeiten und Honorare des Schweizerischen Ingenieur- und Architektenvereins (SIA)».

45 Z.B. der «Zürcher Mietvertrag». Für Deutschland z.B. die ADSP (Allg. deutsche Spediteurbedingungen).

46 Wenn der Vertragspartner des Verwenders hingegen «unmittelbar und im eigenen Interesse am Anstellungsvorgang beteiligt» ist, findet das AGB-Gesetz überhaupt keine Anwendung. Vgl. ULMER/BRANDNER/HENSEN, AGB-Kommentar, Köln 1977, N. 32 zu § 1. Somit gibt es innerhalb der AGB «keine Klassifizierung zwischen normalen AGB und AGB mit Sondercharakter»; SCHMIDT-SALZER, Allgemeine Geschäftsbedingungen, 2. A., München 1977, N.D. 33 (S. 74).

geberverband aufgestellt werden. Rund 10% werden kollektiv ausgehandelt, sei es durch die Verbände oder zwischen Arbeitgeber und betrieblicher Arbeitnehmervertretung⁴⁷. Für die rechtliche Behandlung derart ausgehandelter AAB fallen nun entscheidende Unterschiede zwischen Arbeitnehmerverbänden einerseits und Konsumentenverbänden oder Mieterverbänden andererseits ins Gewicht. Arbeitnehmerverbände sind Partner der sozialen Selbstverwaltung, währenddem etwa Konsumentenschutzverbände nach wie vor unter einem eher kläglichen Ruf leiden⁴⁸. Folgerichtig bejaht das deutsche Bundesarbeitsgericht die *Sonderbehandlung* ausgehandelter AAG, jedenfalls bei Aushandlung durch die Gesamtarbeitsvertragsparteien⁴⁹. Ausser Zweifel steht, dass die Urheber-schaft bei AAB – im Gegensatz zu AGB – eine Rolle spielen muss. Wie weit aber diese Sonderbehandlung kollektiv ausgehandelter Klauseln gerechtfertigt ist, wird zu untersuchen sein (s. hinten 33.11.).

12.2. *Formen der Einbeziehung*

Nach herrschender Lehre hat der Aufstellungsvorgang allein keine Rechtsfolgen. Er gilt als bloss tatsächliche Vorbereitungshandlung⁵⁰. Immerhin erkannte schon RAISER, dass «rückstrahlend» (d.h. im Falle eines Vertrags-schlusses mit Verwendung von AGB) auch diese Vorbereitungshandlungen rechtliche Bedeutung erhalten (sog. «unselbständige Reflexwirkung»)⁵¹. Dass dies für AAB ganz besonders gelten muss, sollte aus den soeben angestellten Erwägungen zur Urheberschaft hervorgehen.

Der «Sprung in den Bereich rechtlicher Relevanz»⁵² erfolgt nun durch *rechtsgeschäftliche Einbeziehung*. Dabei werden in der Rechtswissenschaft zwei Arten von Einbeziehungsverträgen unterschieden, und zwar nach dem Krite-rium, ob eine Kluft zwischen dem Vertragswillen des Kunden (Arbeitnehmers) und der äusseren Gestaltung des Vertrags vorliegt oder nicht. Von entschei-dender Bedeutung dafür ist natürlich die Form, in welcher die AGB oder AAB vom Verwender präsentiert werden.

47 Diese Angaben sind lediglich Grössenordnungen und stehen unter dem Vorbehalt starker Schwankungen von Wirtschaftszweig zu Wirtschaftszweig.

48 «Nur in wenigen Bereichen sind die Verbraucher hinreichend repräsentiert und organisierbar.» (ARBEITSGRUPPE AGB BEIM (DEUTSCHEN) BUNDESMINISTER DER JUSTIZ, Erster Teilbericht, Bonn 1974, S. 118).

49 So z.B. bezüglich der Billigkeitskontrolle von Rückzahlungsklauseln, BAG 9. 10. 1969, DB 1970, S. 401.

50 SCHULER, S. 63, m. Nachweisen.

51 RAISER, AGB, S. 109.

52 ADOMEIT, Rechtsquellenfragen im Arbeitsrecht, München 1969, S. 117.

12.21. Globalerklärung

AAB in Form von mehrseitigen Broschüren oder gar Handbüchern eignen sich nicht dazu, als Vertragsentwurf durchberaten und im einzelnen zum Inhalt der gegenseitigen übereinstimmenden Willensäusserung erhoben zu werden. Es wäre unrealistisch anzunehmen, der Stellensuchende habe den in Form eines Reglementes ausgestalteten AAB bewusst zugestimmt. Vielmehr beschränkt sich der Wille des Erklärenden in solchen Fällen darauf, «den vorgeformten Inhalt als solchen in seiner Gesamtheit zu übernehmen»⁵³. Damit entsteht ein «Missverhältnis zwischen äusserer Formung und bewusstem Parteiwillen»⁵⁴, indem die Erklärung des Arbeitnehmers weiter reicht als sein Geschäftswille⁵⁵.

Bei angehängten AAB («Reglementen») weist der Einbeziehungsvertrag regelmässig die Form der *ausdrücklichen Verweisung* auf. Sie ist das typische Mittel, die erwähnte Kluft zwischen äusserer Formung und bewusstem Parteiwillen herbeizuführen.

In der Vertragswirklichkeit wird mit frappanter Regelmässigkeit, nämlich in rund 90% der ausgewerteten Fälle meiner Untersuchung⁵⁶, die Floskel verwendet, das Anstellungsreglement (o.ä.) sei «integrierter Bestandteil» des Arbeitsvertrages. Damit wird ein Konsens herbeigeführt über die Einbeziehung von Bestimmungen, die der Arbeitnehmer in aller Regel weder kennt noch in ihrer Tragweite zu erfassen in der Lage ist. Sehr aufschlussreich für die Einseitigkeit der Einbeziehungssituation sind die – allerdings nur selten verwendeten – Formulierungen, der Arbeitnehmer habe «ein Exemplar des Reglements erhalten» oder «der Arbeitnehmer erklärt sich bereit, das Reglement einzuhalten».

12.22. Vollerklärung

Im Gegensatz zur Globalerklärung steht die Vollerklärung. Bei dieser decken sich Formulierung und bewusster Wille des Arbeitnehmers: «Der Wille des Erklärenden füllt den vorgeformten Inhalt in jeder Hinsicht aus. Der Erklärende hat jede einzelne Regel dieses Inhalts aufmerksam geprüft und gibt sich über deren Tragweite Rechenschaft. Er stimmt ihr bewusst zu, in richtiger Erkennung ihres Inhalts»⁵⁷. Die Rechtsfolgen sollen nach herrschender Lehre die gleichen sein wie beim gewöhnlichen Einzelvertrag⁵⁸.

53 SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Zürcher Kommentar, N. 462 zu Art. 1 OR.

54 Ebd., N. 460.

55 SCHULER, S. 66.

56 Reglemente («angehängte» AAB) wurden in 65 Fällen verwendet.

57 SCHÖNENBERGER/JÄGGI, N. 461 zu Art. 1 OR. Ihnen folgend SCHULER, S. 66 f.

58 SCHULER, S. 164 f.

Die Frage ist nun, in welchen Fällen dieser von der Wissenschaft definierte Tatbestand in der Arbeitsvertragswirklichkeit gegeben ist. Reglemente scheiden dabei zum vornherein aus; für sie stellt sich allenfalls die Frage, ob sie nur global oder überhaupt nicht gültig einbezogen sind.

In Frage kommen Formulare, die als Vertragsurkunden unterzeichnet werden. Für sie ist charakteristisch, dass sie für individuelle *Ergänzungen* mehr oder weniger *offen* sind und dementsprechend zusammengesetzt sind aus vorgeformtem («nichtindividuellem») und eingefügtem («individuellem»)⁵⁹ Inhalt. Regelmässig weisen nicht alle Bestimmungen des gleichen Formulars denselben Grad der Offenheit auf. Im Extremfall sind sie vollständig vorgeformt und lassen keinen Raum für Ergänzungen⁶⁰. Eine minimale Offenheit besteht bei Wahlmöglichkeit zwischen vorgeformten Alternativen⁶¹. Die Regel bilden teiloffene Klauseln, bei welchen Zahlen oder einzelne Wörter einzufügen sind⁶². Aussergewöhnlich offen ist die Formulierung durch blossе Stichworte; hier herrscht die individuelle Ergänzung vor⁶³.

Zweifellos sind offene Klauseln einer Vollerklärung, d.h. bewussten Zustimmung durch den Arbeitnehmer, eher zugänglich als nichtoffene. Ob im Einzelfall eine Vollerklärung vorliegt, lässt sich mit dieser Regel allein aber nicht entscheiden. Neben der Form der AGB, die objektiv zu bestimmen ist, müssen nämlich auch subjektive Momente des einzelnen Vertragsschlusses berücksichtigt werden.

12.23. *Bewusste oder unbewusste Zustimmung im Einzelfall*

Anerkennt man mit der herrschenden Lehre, dass durch Vollerklärung einbezogene AGB (oder AAB) wie Einzelverträge zu behandeln sind⁶⁴, dann kommt der Unterscheidung zwischen Global- und Vollerklärung erhebliche Bedeutung zu.

Nach SCHÖNENBERGER/JÄGGI spricht eine «tatsächliche Vermutung» für die Globalübernahme. Dies ergebe sich sowohl aus der typischen Interessenslage beim Vertragsschluss als auch aus der Art und Weise, wie Formularverträge

59 SCHÖNENBERGER/JÄGGI, N. 449 zu Art. 1 OR.
60 Derartige Klauseln unterscheiden sich äusserlich nicht von solchen in Reglementen.
61 Multiple choice-Prinzip. Z.B. «Die ersten zwei Monate/drei Monate gelten als Probezeit.»
62 Z.B. «Der Arbeitnehmer wird als angestellt.
Der Lohn beträgt brutto Fr monatlich.»
63 Z.B. «1. Art der Arbeitsleistung:
2. Eintrittsdatum:
3. Probezeit:
4. Lohn:»
etc.
64 Vorn FN 58.

abgeschlossen zu werden pflegen⁶⁵. Die Vollerklärung müsste dann im Einzelfall nachgewiesen werden. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtes würde dazu genügen, dass der Formulartext nur aus wenigen, ohne weiteres verständlichen Sätzen besteht⁶⁶. Genügen würde aber auch, dass «die betreffende Regel unter den Parteien besprochen wurde»⁶⁷ oder dass sie im Text «als besonders wichtig hervorgehoben ist»⁶⁸.

12.24. *Ergebnis*

Die besondere, typische Einbeziehungssituation bei AGB (wie auch bei AAB) muss als massgebliches Indiz für die inhaltlich bloss globale Zustimmung des Kunden (bzw. Arbeitnehmers) anerkannt werden.

Daneben hat sich ein interessantes Detail gezeigt: Wohl eher unbewusst kombinieren h.L. und Rechtsprechung die subjektiven Umstände des Vertragsabschlusses (z.B. tatsächliches Aushandeln) mit objektiven Gegebenheiten (Form der AGB)⁶⁹. Dieses Vorgehen ist meines Erachtens mit dem – in der schweizerischen Vertragsdogmatik allgegenwärtigen – Vertrauensprinzip allein nicht zu rechtfertigen. Viel mehr wurde im Effekt auf recht pragmatische Art, aber zweifellos zu Recht, dadurch der gesetzesähnlichen Wirkung der AGB Rechnung getragen.

12.3. *Faktische Unterwerfung*

Die bisher festgestellten Eigenschaften der AGB, nämlich Gesetzesähnlichkeit, einseitige Urheberschaft und Fehlen bewusster Zustimmung führen an sich nicht zwangsläufig zu einer Benachteiligung des Kunden⁷⁰. Denn zumindest theoretisch ist denkbar, dass ein Verwender die Vorteile der AAB (s. hinten Ziff. 1.3.) nutzen will, ohne seine Vertragspartner zu benachteiligen.

Ebenso sicher ist aber die gegenüber Einzelverträgen gesteigerte *Gefahr* einer solchen Benachteiligung. Der Grund liegt in der Verbindung der drei vor-

65 SCHÖNENBERGER/JÄGGI, N. 468 zu Art. 1 OR.

66 BGE 91 I 11 (14): «Die streitige Klausel steht am Ende eines nur 6 kurze Absätze mit insgesamt 18 Zeilen umfassenden, gut lesbar mit Maschine geschriebenen Vertragstextes unmittelbar vor der Unterschrift und konnte daher, obschon weder durch Fettdruck noch sonst hervorgehoben, selbst bei nur flüchtiger Durchsicht nicht übersehen werden.»

67 SCHÖNENBERGER/JÄGGI, N. 468 zu Art. 1 OR.

68 Ebd.

69 So im Ergebnis der erwähnte BGE 91 I 11.

70 «Allgemeine Geschäftsbedingungen brauchen für die Betroffenen nichts (Schreckendes) an sich zu haben» (HAUSHEER, Die Allgemeinverbindlicherklärung von Kollektivverträgen als gesetzgeberisches Gestaltungsmittel, ZSR 1976 Bd. II, S. 225 ff. (280). In gleichem Sinne SCHÖNENBERGER, JÄGGI, N. 475 zu Art. 1 OR. Dort werden als Möglichkeiten der Benachteiligung aber einzig ungewöhnliche und freiheitsbeschränkende Klauseln erwähnt. Dies entspricht der (noch) geltenden Rechtsprechung des Bundesgerichts.

erwähnten Eigenschaften der AGB, wobei der Normenähnlichkeit das Hauptgewicht zukommt. Es geht nun darum, die Voraussetzungen aufzuzeigen, unter welchen die Gefahr noch erhöht oder in eine tatsächliche Benachteiligung umgesetzt wird.

12.31. *Übergewicht des Verwenders (Arbeitgebers)*

Nach wie vor bestehen verschiedenste Meinungen darüber, ob und wie weit das Verhandlungsgleichgewicht der Vertragspartner bei Verwendung von AGB typischerweise gestört ist. Die Ursache liegt meines Erachtens darin, dass die reale Einschätzung der Sachlage regelmässig mit ihrer Beurteilung vermischt wird. Jeder Autor scheint nämlich andere Anforderungen an das wünschbare Vertragsgleichgewicht zu stellen. Dementsprechend fällt natürlich dessen angebliche Störung mehr oder weniger drastisch aus, obwohl alle Autoren denselben Sachverhalt beschreiben bzw. einschätzen. Im folgenden sei versucht, Beschreibung und Bewertung wenigstens zu trennen, wenn schon eine Beschreibung ohne Bewertung nicht möglich ist.

12.31.1. *Wirtschaftliches Übergewicht*

Ludwig RAISER beschrieb die AGB als Mittel der *Machtverstärkung*⁷¹. Damit hat er meines Erachtens den Zusammenhang zwischen AGB und wirtschaftlicher Macht präziser beschrieben als mancher Autor der neueren Literatur. Nicht selten wird nämlich ein wirtschaftliches Übergewicht des Verwenders als selbstverständlich vorausgesetzt oder zumindest als Regel angenommen⁷². RAISER erkannte, dass die AGB in ihrer Wirkung entscheidend von den Marktkräften abhängig sind: In Depressionen seien AGB, selbst wenn sie in den Vertrag einbezogen wurden, «nichts als toter Buchstabe, um den sich keine Partei kümmert»⁷³. Die in der Gegenwart festgestellte Nachfragemacht⁷⁴ dürfte in verschiedenen Fällen zu diesem Resultat führen. Die Verschiedenheit der Märkte lässt aber weder eine pauschale Aussage noch eine Regel über das Stärkeverhältnis der Vertragsparteien zu.

Für den *Arbeitsmarkt* gelten ohnehin eigene Gesetzmässigkeiten. Vor Jahrzehnten nahm SCHWEINGRUBER mit Berufung auf SINZHEIMER und andere

71 RAISER, S. 21 ff.

72 BAUER, S. 16.

73 RAISER, S. 22 f.

74 Als Konsequenz ihrer ausführlichen Untersuchung über die Nachfragemacht stellte die Schweizerische Kartellkommission in Aussicht, «das Verhalten einzelner oder mehrerer nachfragemächtiger Unternehmen» durch Sonderuntersuchungen zu überprüfen (Die Nachfragemacht und deren Missbrauch, H. 1/1976 der Veröffentlichungen der Schweizerischen Kartellkommission, S. 93).

als selbstverständlich an, dass der Arbeitnehmer der «wirtschaftlich schwächere Teil» sei⁷⁵. Die gleiche Annahme trifft z.B. SÄCKER für die heutige Zeit⁷⁶. AAB sind für ihn «sinnfälliger Ausdruck des wirtschaftlichen Übergewichts des Arbeitgebers»⁷⁷. Immerhin ist meines Erachtens mit ZÖLLNER festzuhalten, dass sich «die Übermacht des einen Partners nicht schon allein daraus ergibt, dass er nur zu einheitlichen Bedingungen kontrahiert»⁷⁸. Dies kann, wie zu zeigen sein wird, andere Gründe haben. Wirtschaftliches Übergewicht ist auch nicht als Ungleichheit der *generellen* wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der Parteien zu verstehen, ausgedrückt z.B. in deren Reinvermögen⁷⁹. Das Übergewicht ist vielmehr auf die Gewichte von Angebot und Nachfrage auf dem entsprechenden Markt zu beziehen. Dies gilt uneingeschränkt jedenfalls für den Gütermarkt; so stellt MERZ für AGB fest: «Schwäche in einem bestimmten Markt muss durchaus nicht mit wirtschaftlicher und finanzieller Schwäche allgemein einhergehen. Es geht darum, die Positionen im jeweiligen relevanten Markt zu bestimmen»⁸⁰. Auch für den Arbeitsmarkt gilt dies im Grundsatz; praktisch aber nur soweit, als der Wettbewerb in diesem Markt (noch) eine Rolle spielt, d.h. soweit die Koordination der Marktkräfte nicht durch Kollektivvereinbarungen erfolgt. Für jenen (Markt-)Bereich gilt, dass das vielzitierte Übergewicht des Arbeitgebers direkt von Angebot und Nachfrage⁸¹ abhängig ist, und dass *insofern* generelle Aussagen über dieses Übergewicht unzulässig sind.

SINZHEIMER wäre aber auch heute wohl kaum damit einverstanden, das Problem der abhängigen Arbeit auf ein solches der Konjunkturlage zu reduzieren. Als Konstante über alle Veränderungen der Marktkräfte hinweg besteht nämlich die *existentielle Bindung* des Arbeitnehmers an das Vertragsverhältnis. Er wird stärker in Anspruch genommen als der Schuldner einer Vermögensleistung, und nach wie vor ist die Tatsache wohl kaum zu bestreiten, dass er im Arbeitsverhältnis seine Existenzgrundlage findet⁸². Diese Tatsache mag durch Überbeschäftigung und Gesamtarbeitsverträge partiell gemildert

75 SCHWEINGRUBER, Die wirtschaftlich schwächere Vertragspartei, Diss. Bern 1930, S. 39.

76 SÄCKER, S. 95.

77 Ebd., S. 92.

78 ZÖLLNER, Privatautonomie und Arbeitsverhältnis, AcP 176, S. 221–246 (237).

79 Unerheblich ist deshalb folgende Feststellung ZÖLLNERS zur «immer wieder zu lesenden Formel vom wirtschaftlichen Übergewicht des Arbeitgebers»: «Auch der schwerreiche Mann, der sich als Arbeitnehmer verdingen möchte und an einen armen Fabrikanten gerät, vermag keine besseren Bedingungen herauszuholen wie der normale Arbeitnehmer.» (ZÖLLNER, Privatautonomie, S. 237).

80 MERZ, Privatautonomie heute - Grundsatz und Rechtswirklichkeit, Karlsruhe 1970, S. 14.

81 Das bedeutet Abhängigkeit von der Beschäftigungslage, die beeinflusst ist durch konjunkturelle und strukturverändernde Gegebenheiten.

82 WESTERMANN spricht von «umfassender und existentieller Verpflichtung» des Arbeitnehmers. H. P. WESTERMANN, Sonderprivatrechtliche Sozialmodelle und das allgemeine Privatrecht, AcP 178 (1978), S. 150 ff. (159 f.).

oder ganz überdeckt worden sein, doch für immer aus der Welt zu schaffen ist sie nicht⁸³.

12.31.2. *Intellektuelles und organisatorisches Übergewicht*

Aufgrund ihres Massencharakters haben AGB und AAB eine Rationalisierungswirkung⁸⁴. Diese kommt aber allein dem Verwender zugute. Für ihn lohnt es sich, vom Einzelfall abstrahierend ein gesetzesähnliches Gebilde zu schaffen, da sich die Kosten auf eine Mehrzahl von Vertragsschlüssen verteilen. In keinem Verhältnis dazu steht die Möglichkeit des Arbeitnehmers, seinerseits einen Juristen zu beschäftigen oder gar selbst zur Feder zu greifen, um einen Gegenvorschlag zu präsentieren. In der AGB-Literatur wird angenommen⁸⁵, der Kunde sei in aller Regel nicht imstande, die ihm präsentierten AGB zu verstehen⁸⁶. Nach Durchsicht von über 80 AAB muss der Verfasser diese Annahme auch auf AAB ausdehnen. Stossend ist natürlich juristischer «Slang»⁸⁷. Aber schon die mit gebräuchlicheren – wenn auch nicht alltäglichen – Worten möglichst präzise und knapp formulierten Regeln⁸⁸ sind der Sprache des Arbeitnehmers wohl derart fremd, dass er ihre Tragweite kaum erfassen kann.

12.31.3. *Psychologisches Übergewicht*

Auch die folgenden Annahmen über die typische Einbeziehungssituation sind empirisch nicht gesichert. Sie sollen hier als *mögliche* weitere Umstände betrachtet werden, die ein Übergewicht herbeiführen oder verstärken können.

MERZ erwähnt den *Zeitdruck* und die regelmässig anzunehmende Tatsache, dass der Kunde sich «erst im Moment des Vertragsabschlusses mit den oft umfangreichen AGB befassen kann»⁸⁹. Zu diesen äusseren Umständen tritt die innere Einstellung des Kunden. Er mag AGB als angemessen betrachten,

83 Daran ändert auch ZÖLLNERS Fall des «armen Fabrikanten» nichts. Kleingewerbebetreibende, die knapp unter der oder über der Gewinnschwelle operieren, sind nicht durch ihre Arbeitnehmer in der wirtschaftlichen Existenz bedroht, sondern allenfalls durch Konkurrenten, Kunden oder Lieferanten. Im Verhältnis zum Arbeitnehmer haben sie ein – mindestens latentes – Übergewicht.

84 Dazu hinten 13.1.

85 Empirische Untersuchungen über die Einbeziehungssituation fehlen offensichtlich. Man stützt sich ausschliesslich auf die sog. Lebenserfahrung.

86 BAUER, S. 17, m. Nachweisen.

87 Z.B.: «Allfällige aus diesem Vertrag entstehende Streitigkeiten werden schiedsgerichtlich zu toter Hand erledigt.»

88 Z.B. (Unter dem Titel «Ansprüche gegenüber Dritten»:) «Hat der Mitarbeiter gegenüber Dritten, d.h. Haftpflichtigen oder Versicherungen, Anspruch auf Lohnausfallersatz wegen seiner durch Krankheit oder Unfall entstandenen Arbeitsunfähigkeit, so vermindert sich die Leistung der Firma auf die ergänzende Deckung des Lohnausfalles. Ansprüche dieser Art sind dem Personaldienst unaufgefordert zu melden.»

89 MERZ, Massenvertrag, S. 335.

weil sie fertig, vernünftig oder gesetzesähnlich wirken, aber auch schon weil sie gebräuchlich sind⁹⁰. Er mag auf Einwände verzichten, weil die Aussichtslosigkeit offensichtlich erscheint, aufgrund sozialer Konformität oder weil er glaubt, damit würde er in verletzender Weise an der Kulanz des Verwenders zweifeln⁹¹.

Wie weit im Arbeitsrecht solche Umstände gegeben sind, muss dahingestellt bleiben. Mit einiger Wahrscheinlichkeit lässt sich nur sagen, dass eine »typische Einbeziehungssituation« wohl kaum besteht. Schon die Verschiedenheit der AAB in ihrer Ausgestaltung lässt alle Möglichkeiten offen.

12.32. *Take it or leave it*

Das Übergewicht des Verwenders ermöglicht es, dass ein gesetzesähnliches Klauselwerk nicht nur aufgestellt, sondern *als Bedingung* für den Vertragsabschluss *gestellt* wird^{91 a}. Es resultiert also die *Koppelung* des Vertragsabschlusses mit der Anerkennung der Bedingungen⁹². Das Übergewicht zeigt sich dann, wenn der Kunde versucht, einzelne Klauseln abzuändern: Je nach Übergewicht wird das »take it or leave it« mehr oder weniger schroff begründet⁹³.

Zu recht weisen verschiedene Autoren darauf hin, dass diese Zwangslage nicht nur den AGB eigen, sondern für alle Massenverträge typisch sei: »Jeder Ladeninhaber, der »feste Preise«, jeder Veranstalter, der einen »Eintrittspreis« auskündet, gibt damit seinen generellen Entschluss bekannt, mit irgendwem einen Vertrag nur zu einem bestimmten Entgelt oder dann überhaupt nicht abzuschließen«⁹⁴. Das normierte Angebot, auf dessen Gestaltung der Kunde keinen nennenswerten Einfluss ausüben könne, sei der Normalfall in einer auf Massenproduktion ausgerichteten Wirtschaft⁹⁵.

Bei allen Gemeinsamkeiten zwischen AGB und gewöhnlichen Massenverträgen dürfen aber meines Erachtens die *Unterschiede* nicht übersehen werden. Massenverträge ohne AGB haben keinen gesetzesähnlichen Charakter. Zwar stellen feste Preise im Laden den Käufer vor ein *fait accompli*. Sie sind aber

90 BAUER, S. 17, m. Nachweisen.

91 Ebd.

91a Die Bedingungstellung ist nach § 1 des deutschen AGB-Gesetzes Begriffsmerkmal der AGB: »Allgemeine Geschäftsbedingungen sind alle für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierten Vertragsbedingungen, die eine Vertragspartei (Verwender) der anderen Vertragspartei bei Abschluss eines Vertrages stellt.«

92 WOLF, Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit und vertraglicher Interessenausgleich, Tübingen 1970, S. 126.

93 REHBINDER, Allgemeine Geschäftsbedingungen, in: REHBINDER (Hrsg), Recht im sozialen Rechtsstaat, Opladen 1973, S. 107–127 (119).

94 SCHÖNENBERGER/JÄGGI, N. 473 zu Art. 1 OR. In gleichem Sinn SCHULER, S. 222 und HAUSHEER, S. 281.

95 SCHULER, S. 164.

evident⁹⁶, AGB sind dies typischerweise nicht; dafür sorgen ihre juristische Formulierung (mehr oder weniger erzwungen durch den abstrakten Inhalt) und (in der Regel) ihre Ausführlichkeit.

Für Arbeitsverträge gilt nichts anderes. Gibt ein Arbeitgeber z.B. bekannt, dass er Arbeitskräfte ausschliesslich zum Gesamtarbeitsvertrags-Tarif zu beschäftigen bereit ist, dann stehen diese vor der Wahlmöglichkeit take it or leave it. Diese Alternative ist aber transparent. Macht er hingegen den Vertragschluss von der Zustimmung zu AAB abhängig, dann zwingt er faktisch den Arbeitnehmer zur Globalzustimmung. Dies bedeutet nichts anderes als eine faktische Unterwerfung unter vorbereitete rechtsgeschäftliche Normen.

Es ist deshalb nicht verständlich, weshalb SCHÖNENBERGER/JÄGGI (und ihnen folgend SCHULER⁹⁷) zum Schluss kommen, es ändere die «Zwangslage» nicht wesentlich, wenn der Vertrag auch noch einen vorgeformten Inhalt aufweise⁹⁸.

12.4. *Beeinträchtigung der Vertragsfunktionen*

Die erste *Folge* der faktischen Unterwerfung unter eine vorbereitete Ordnung rechtsgeschäftlicher Normen ist die Beeinträchtigung des Vertragsmechanismus.

12.41. *Voraussetzungen des vertraglichen Interessenausgleiches*

Nach SCHMIDT-RIMPLER⁹⁹ liegt der Sinn des Vertrags darin, unter den Parteien einen «richtigen» Interessenausgleich herbeizuführen. Voraussetzung dieses Ausgleichs sei aber, dass der einzelne Vertragspartner ihm bedeutsam erscheinende Belange zur Geltung bringen und ihm nachteilig erscheinende Belange seines Gegners abwehren könne¹⁰⁰. Genau diese Voraussetzung fehlt aber typischerweise bei der Verwendung von AGB. Hier hat der Kunde faktisch nicht die Möglichkeit, die «Belange» seines Partners – in Form der AGB – in ihrer Tragweite zu erfassen. Er kann somit auch nicht die für ihn sich daraus ergebenden Vor- und Nachteile gegeneinander abwägen. In dieser Situation müsste der Kunde – nach dem Vertragsmodell – die AGB als Vertragsinhalt ablehnen. Daran hindert ihn aber sein Vertragspartner mit der Koppelung von Vertragsabschluss und Annahme der Bedingungen.

96 Vgl. dazu die Preisanschreibepflicht gemäss Art. 2 der Verordnung über die Bekanntgabe von Detailpreisen vom 31. 3. 1976 (SR 942.211.3).

97 SCHULER, S. 164 f.

98 SCHÖNENBERGER/JÄGGI, N. 473 zu Art. 1 OR.

99 SCHMIDT-RIMPLER, Grundfragen einer Erneuerung des Vertragsrechts, in AcP 147 (1941), S. 130–197 (155). Diese Abhandlung gilt heute noch als massgebend: SCHULER, S. 176, FN 1.

100 SCHMIDT-RIMPLER, Vertragsrecht, S. 151 ff.

Diese Situation wird gelegentlich gekennzeichnet als faktische Aufhebung der vertraglichen Inhaltsfreiheit: «Die Möglichkeit der inhaltlichen Gestaltung ist faktisch aufgehoben, weil der Kunde nur mehr die Freiheit besitzt, den bereits formulierten Antrag zu akzeptieren oder darauf zu verzichten»¹⁰¹. Dabei ist aber zu beachten, dass nicht nur die inhaltliche Gestaltungsmöglichkeit fehlt, sondern in der Regel sogar die *Kenntnis* des Inhalts. Hierin erst unterscheiden sich AGB – als vorbereitete Ordnung rechtsgeschäftlicher Normen – von Massenverträgen mit evidentem Inhalt, z.B. festen Preisen. Bei AGB ist damit die Möglichkeit des Kunden zur vertraglichen Selbstbestimmung in qualifizierter Weise beeinträchtigt.

12.42. *Fehlende «Richtigkeit» des Ergebnisses*

Das Fehlen der erwähnten Voraussetzungen führt dazu, dass der Vertrag seine Funktionen nicht erfüllen kann. Von Bedeutung ist hier ausschliesslich die Funktion des Vertrages für das Verhältnis der beteiligten Vertragsparteien¹⁰². In diesem Verhältnis kann nach SCHMIDT-RIMPLER von einem Vertrag mit funktionierender Interessenwahrnehmung ein «richtiger» Interessenausgleich im Sinne eines *gerechten*¹⁰³ und *zweckmässigen* Ergebnisses erwartet werden¹⁰⁴. Diese Richtigkeit ist aber nach h.L. – und auch nach Auffassung SCHMIDT-RIMPLERS – nicht objektivierbar¹⁰⁵ und damit auch nicht nach objektiven Kriterien – zum Beispiel durch ein Gericht – überprüfbar. Als richtig soll von der Rechtsordnung also das aus der Willenseinigung hervorgehende Ergebnis akzeptiert werden aufgrund der Annahme, dass «niemand eine unrichtige Rechtsfolge auf sich nehmen will»¹⁰⁶.

Fehlen nun aber, wie im Fall der AGB, die Voraussetzungen für das funktionieren des Interessenausgleichs, dann darf auch das Ergebnis nicht mehr vorbehaltlos als richtig anerkannt werden. Es fragt sich nun, wie dieser Störung des Vertragsmechanismus zu begegnen ist.

101 BAUER, S. 26.

102 Ausser Betracht bleibt somit die gesamtwirtschaftliche Funktion des Vertrags als juristisches «Vehikel» des ökonomischen Prinzips Wettbewerb. Diese Funktion darf ihrerseits nicht auf das Prinzip der «unsichtbaren Hand» reduziert werden.

SCHMIDT-RIMPLER selbst liegt es fern, «die aufklärerische und frühliberale Auffassung einer prästabilisierten Harmonie zu erneuern». (Zum Problem der Geschäftsgrundlage, in: FS (1) NIPPERDEY, München/Berlin 1955, S. 1 ff. (6)).

103 Dass vom Vertrag – auch im Arbeitsrecht – nicht eine «sozialpolitische Richtigkeit» zu erwarten ist, hat ZÖLLNER überzeugend dargelegt (Privatautonomie, S. 242). Leistungsgerechtigkeit allein kann nicht auch Verteilungsgerechtigkeit umfassen. Vom Vertragsmechanismus allein soziale Sicherheit zu erwarten, ist Wunschenken, selbst wenn alle Voraussetzungen für sein Funktionieren gegeben wären.

104 Vorn FN 99.

105 WOLF, Entscheidungsfreiheit, S. 68.

106 SCHMIDT-RIMPLER, Geschäftsgrundlage, S. 6.

12.43. *Verwirklichung materieller Vertragsfreiheit*

AGB stellen nur einen Fall unter vielen dar, in welchen die Vertragsfreiheit beeinträchtigt wird.

Die Problematik entspricht grundsätzlich derjenigen von Kartellen: «Die Vertragsfreiheit wird im Namen der Vertragsfreiheit beschränkt und aufgehoben, die Privatautonomie wird kraft der Privatautonomie zurückgebunden»¹⁰⁷.

In neuerer Zeit hat KRAMER auf das längst erkannte Ungenügen rein formal verstandener Vertragsfreiheit hingewiesen¹⁰⁸ und gefordert, den rechtlichen Vertrags-Mechanismus durch die tatsächliche Chance seiner Benützung zu ergänzen. Es müssten subjektive Rechte nicht nur gewährt werden, sondern es müsse auch dafür gesorgt werden, dass das subjektive Recht des Schwächeren eine Chance hat, effektiv zur Geltung zu kommen¹⁰⁹. Als mehr oder weniger taugliche Massnahmen werden vorgeschlagen¹¹⁰: Wirtschaftsrechtliche Staatsintervention (insbesondere in Form des Kartellrechts), zwingendes Gesetzesrecht, wirtschaftliche «Gegengewichte» und schliesslich, als hoffnungsvollster Ansatz, das Abstecken «immanenter Grenzen der Vertragsfreiheit»¹¹¹ (vgl. dazu im Einzelnen III. Teil 44.26.). Ohne abschliessende Beurteilung muss aber schon an dieser Stelle auf die Grenze dieser Massnahmen hingewiesen werden. Durch Gewährung materieller Vertrags«gerechtigkeit» darf nämlich die «bloss» formelle Vertragsfreiheit nicht beseitigt werden: «Die Existenz formaler Freiheitsrechte ist vielmehr notwendige Voraussetzung dafür, sie als materielle Freiheiten effektuieren zu können»¹¹². Bei allen Verbesserungen und Sicherungen der Privatautonomie ist mit MERZ darauf zu achten, dass das «Konzept als solches noch intakt gelassen»¹¹³, die Selbstbestimmung nicht preisgegeben¹¹⁴ wird.

12.5. *Verdrängung des positiven Rechts*

Neben der Beeinträchtigung der Vertragsfunktionen hat die faktische Unterwerfung unter AGB eine *zweite* Folge, nämlich die Verdrängung des dispositiven Rechts und der darin enthaltenen Wertentscheidungen des Gesetzgebers.

107 MERZ, Privatautonomie, S. 11.

108 KRAMER, Die «Krise» des liberalen Vertragsdenkens, München/Salzburg 1974, S. 20 ff. mit Nachweisen.

109 Ebd., S. 22, im gleichen Sinn BIEDENKOPF, Über das Verhältnis wirtschaftlicher Macht zum Privatrecht, in: FS Böhm, Karlsruhe 1965, S. 113 ff. (117).

110 Ebd., S. 37 ff.

111 Ebd., S. 48 ff.

112 Ebd., S. 34, FN 92. Diese Erkenntnis KRAMER's hätte es m.E. verdient, nicht bloss in einer Fussnote dargelegt zu werden.

113 MERZ, Privatautonomie, S. 17.

114 Ebd., S. 4.

12.51. *Abdingbarkeit des dispositiven Rechts*

Dispositives Recht gilt nur dann, wenn die Parteien nichts Abweichen-
des vereinbaren. Doch dieser Grundsatz «setzt Einzelverträge voraus, die in jeder
Hinsicht vom Willen beider Parteien getragen sind und deren Inhalt folglich aus
dem Bedürfnis des einzelnen Lebensverhältnisses herausgewachsen ist»¹¹⁵. Das
Ausschöpfen der grossen Anpassungsfähigkeit des Vertragsrechts an die Ver-
tragssituation liegt in der Regel im Interesse beider Parteien. Die Abweichung
vom Gesetzesrecht muss aber gewollt sein. «Geltungsgrund des Vertrages ist der
Wille der Nächstbeteiligten, ihre Beziehungen rechtlich zu regeln: Das Schuld-
recht ist in erster Linie ein Willensrecht»¹¹⁶. Eben dieser Wille fehlt nun aber
bezüglich global einbezogener AGB, deren Annahme durch den Kunden zudem
vom Verwender als Bedingung für den Vertragsabschluss gestellt wurde.

12.52. *Systematische Derogation durch AGB*

Aufgrund ihres gesetzesähnlichen Charakters können AGB das
dispositive Recht nicht nur sporadisch, sondern mit Methode verdrängen. Sie
ermöglichen eine «Flucht aus dem Gesetz»¹¹⁷.

«Das Aufkommen der Formularverträge in ihrer modernen Form
führte faktisch zur Ausserkraftsetzung der gesetzlichen Ordnung für ganze
Wirtschaftszweige und in dauernder Weise»¹¹⁸.

Für AAB ergibt sich eine Besonderheit dadurch, dass im Arbeitsver-
tragsrecht vergleichsweise viele Normen relativ oder absolut zwingenden
Charakter haben. Auf der andern Seite ist zu beachten, dass der Arbeitsvertrag
im schweizerischen Recht weit ausführlicher geregelt ist als etwa die übrigen
Verträge auf Arbeitsleistung (Werkvertrag, Auftrag, Verlagsvertrag). Somit
verbleiben trotz der Vielzahl einseitig und beidseitig zwingender Normen recht
viele dispositive Normen, die zu Ungunsten des Arbeitnehmers abänderbar
sind¹¹⁹. Die Behauptung Zöllners, im Arbeitsvertragsrecht sei «dispositives
Recht kaum vorhanden»¹²⁰, bedarf also – zumindest für das schweizerische OR
– einer Korrektur. Dass in der Vertragswirklichkeit auch *Abweichungen* von
diesen Normen häufig vorkommen, erachte ich aufgrund meiner Untersuchung

115 SCHÖNENBERGER/JÄGGI, N. 505 zu Art. 1 OR.

116 BIEDENKOPF, Wirtschaftliche Macht, S. 122.

117 REHBINDER, AGB, S. 109.

118 HECHT, S. 62.

119 Diese Normen enthalten häufig die Formulierung «... sofern nichts anderes verabredet
oder üblich ist,» z.B.: Art. 322 Abs. 2 OR, 323a Abs. 3, 323b Abs. 1, 327 Abs. 1, 333
Abs. 4; oder «... sofern durch Abrede, Normalarbeitsvertrag oder Gesamtarbeitsvertrag
nichts anderes bestimmt ist», Art. 334 Abs. 1 und 3, 336a Abs. 1, 336b.

120 ZÖLLNER, Privatautonomie, S. 240.

als unzweifelhaft (im einzelnen vgl. IV. Teil). Zu beachten ist ferner die Tatsache, dass Arbeitsverhältnisse nicht nur durch dispositives *Gesetzesrecht*, sondern häufig auch durch dispositive Kollektivnormen geregelt werden. Solche Normen finden sich in Gesamtarbeitsverträgen wie in Betriebsordnungen.

12.53. *Funktionen des dispositiven Rechts*

Das verdrängte dispositive Recht kann – gleich wie der nicht ausgehandelte Vertrag – seine Funktion nicht erfüllen. Als solche gilt nach h. L. die Garantie eines angemessenen Ausgleichs zwischen den beteiligten Interessen¹²¹. «Der Gesetzgeber orientiert sich an der Rechtsidee und die von ihm aufgestellten Regeln dienen, auch wenn sie nur dispositiver Natur sind, der Durchsetzung einer *sachlich richtigen Lösung*»¹²².

BUCHER wies nach, dass es «kein einheitliches Phänomen dispositives Recht» gibt¹²³. So unterschied z.B. E. EHRLICH vier Arten dispositiver Normen¹²⁴. Für die Frage der Abdingbarkeit ist nach BUCHER ihr *Gerechtigkeitswert* entscheidend. Er unterscheidet dispositive Normen mit Gerechtigkeitsgehalt von wertneutralen Normen. Wertneutral in dem Sinn, «dass die von ihnen gesetzte Ordnung nicht beanspruchen kann, materiell besser zu sein als eine ihr entgegengesetzte Lösung. Der Gesetzgeber statuiert diese Ordnung, weil er von ihr vermutet, dass sie eher den Anschauungen der beteiligten Kreise entspreche und damit am ehesten als Wille der Parteien zu vermuten sei»¹²⁵. Entscheidend ist nun BUCHER's Schluss, dass entsprechend den verschiedenen *Zwecken* auch die *Anforderungen an den Ausschluss* des dispositiven Rechts unterschiedlich sein müssen. «Wenn das Element inhaltlicher Gerechtigkeit bei einer dispositiven Norm überwiegt, sind an deren Wegbedingung erhöhte Anforderungen zu stellen»¹²⁶. Als Regel sei in solchen Fällen eine «ausdrückliche Formulierung des abweichenden Willens» zu fordern¹²⁷. Damit ist angedeutet, auf welche Weise die vom dispositiven Recht angestrebte sachlich richtige Lösung gegen den Druck der AGB durchgesetzt werden könnte. Von grundsätz-

121 GAUTSCHI, Nichterfüllung, Haftungsgrund und Haftungsverzicht bei Arbeitsobligationen in: FS Oftringer, Zürich 1969, S. 47: «Der staatliche Gesetzgeber steht über der Sache. Seine abstrakten Lösungen bilden einen ausgewogenen Interessenausgleich.»
122 GUHL, MERZ/KUMMER, Das schweizerische Obligationenrecht, 6. A., Zürich 1972, S. 294.
123 BUCHER, Der Ausschluss dispositiven Gesetzesrechts durch vertragliche Absprachen, in: FS Deschenaux, Fribourg 1977, S. 249–270 (267).
124 Nämlich 1. Auslegungsregeln, 2. ergänzende Rechtssätze, 3. fürsorgende Rechtssätze, 4. Normen, die eine Verkehrssitte kodifizieren; E. EHRLICH, Das zwingende und nicht-zwingende Recht im Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, 1899, S. 44 ff.
125 BUCHER, Ausschluss, S. 256. Denkbar ist auch eine Regelung einzig um der Regelung willen, weil «eine Regelung... besser ist als keine Regelung.» (ebd., S. 257).
126 Ebd., S. 267.
127 Ebd.

licher Bedeutung ist meines Erachtens darüber hinaus die hier zum Ausdruck gebrachte *Konzeption* unseres Vertragsrechts zur Verwirklichung eines gerechten Interessenausgleichs. Dieser wird angestrebt mittels der Vertragsrichtigkeit (im Arbeitsrecht sowohl durch individuelle als auch durch kollektive Vereinbarung) *oder* mittels der Gesetzesgerechtigkeit *tertium non datur*. AGB widersprechen dieser Konzeption – sie sind insofern nicht bloss eine Zwittererscheinung zwischen Gesetz und Vertrag, sondern ein *Fremdkörper* im Privatrecht.

12.6. *Ergebnis: Gefahr einseitiger Eigennützigkeit*

Die faktische Unterwerfung des Kunden unter eine vorbereitete Ordnung rechtsgeschäftlicher Normen ermöglicht ein «*privates Normdiktat*»¹²⁸ durch den Verwender. Tatsächlich wird diese Art der Normsetzung weder durch den staatlichen Gesetzgeber noch durch den Vertragspartner kontrolliert. Bei Allgemeinen Arbeitsbedingungen ergäbe sich zudem die Möglichkeit der Kontrolle durch kollektives Gegengewicht; fehlt auch dieses, dann sind AAB in ihrer Problematik mit AGB zumindest gleichzusetzen¹²⁹.

Bestätigt ist damit aber vorerst nur der instrumentale Charakter von AGB und AAB, also erst die *Gefahr* ihrer einseitigen Eigennützigkeit. Wie die «Diktierfreiheit»¹³⁰ vom Verwender ausgeübt wird, ist damit noch nicht gegeben. Darüber besteht nun allerdings für viele Autoren kein Zweifel. Sie schätzen den Unternehmer als Gesetzgeber durchwegs negativ ein, sei es mit oder ohne empirischen Nachweis. BIEDENKOPF stellt fest, «regelmässig» werde durch AGB das wirtschaftliche Risiko zum Nachteil der Unterworfenen umverteilt¹³¹. KÖTZ unterstellt auch eine entsprechende Absicht¹³², räumt aber ein, manche Geschäftsbedingungen gingen in ihrer Einseitigkeit weniger weit als andere¹³³. Am deutlichsten formuliert KRAMER; er geht davon aus, dass AGB

128 Dieser Ausdruck wird u.a. von KRAMER verwendet (Krise, S. 12).

129 Eine akzentuierte Problematik kann sich bei AAB aus ihrem bisweilen ausserordentlichen Umfang ergeben, insbesondere dann, wenn sie die Gestalt eines Handbuchs aufweisen (vorn 11.1.).

130 So genannt u.a. von REHBINDER, Inhaltskontrolle, S. 21 mit Hinweis auf weitere Autoren.

131 Er erwähnt folgende Beispiele: Haftungsbeschränkung für eigenes Verschulden und für solches der Erfüllungsgehilfen, Ausschluss der Gewährleistung für Sach- und Rechtsmängel, Vorleistungspflichten des Kunden usw., BIEDENKOPF, S. 122.

132 KÖTZ, Welche gesetzgeberischen Massnahmen empfehlen sich zum Schutze des Endverbrauchers gegenüber AGB und Formularverträgen? – Gutachten für den 50. Deutschen Juristentag, in: Verhandlungen des 50. DJT, Bd. I, Teil A, München 1974, S. (A) 26: «Es ist nicht gut bestreitbar, dass Allgemeine Geschäftsbedingungen tendenziell darauf abzielen, die Risiken der Geschäftsabwicklung möglichst weitgehend auf den Verbraucher abzuwälzen.»

133 Ebd.

das dispositive Recht zu den ausschliesslichen Gunsten des Verwenders abändern¹³⁴.

Die Berechtigung dieser Annahmen braucht – was AGB betrifft – an dieser Stelle nicht überprüft zu werden. Wie weit die einseitige Eigennützigkeit hingegen bei Allgemeinen *Arbeitsbedingungen* tatsächlich gegeben ist, stellt eine der Hauptfragen dieser Arbeit dar; sie kann meines Erachtens nur unter Berücksichtigung der Vertragswirklichkeit sinnvoll behandelt werden (hinten IV. Teil).

1.3. *Vorteile der Standardisierung*

Die Gesetzesähnlichkeit von AGB und AAB sowie die einseitige Bedingungstellung führen zu den erwähnten Gefahren für die Rechtsstellung des Kunden bzw. Arbeitnehmers. Auf der anderen Seite sind nun aber auch *Vorteile* der Standardisierung denkbar. Echte Vorteile können aber nur solche sein, die *zusätzlichen Nutzen* bringen und nicht bloss die eine Partei zu Lasten der anderen bevorzugen, wie das für den erwähnten Fall des umverteilten Geschäftsrisikos gilt.

13.1. *Rationalisierung*

Meist ohne nähere Präzisierung wird den AGB die Funktion der Rationalisierung des Vertragsabschlusses zugeschrieben¹³⁵. Dagegen wendet sich CLEVER: es müsse im Einzelfall untersucht werden, ob Rationalisierungseffekte tatsächlich eintreten¹³⁶. Rationalisierung kann zudem als Nebeneffekt der erwähnten Risikoverschiebung auftreten, z.B. als Kostenersparnis bei einheitlich verkürzten Gewährleistungsfristen. In diesen Fällen stellt die Rationalisierung keinen echten Vorteil dar, sondern sie hat die Bedeutung eines Vorwandes¹³⁷.

Ein echter Vorteil ist dagegen die *Zeitersparnis beim Vertragsabschluss*. Sie ist dann möglich, wenn für mehrere Verträge die gleichen Fragen gleich geregelt werden können und nicht schon eine befriedigende Regelung im Gesetz enthalten ist. Angesichts der Lückenhaftigkeit der gesetzlichen Vertragstypen kommt dieser Wirkung der AGB grösste Bedeutung zu. Für den Arbeitsvertrag

134 KRAMER, S. 12.

135 ULMER, AGB-Kommentar, Einleitung, S. 18; S. 127. DEUTSCHER BUNDESTAG, Entwurf zum AGBG, Drucksache 7/3919, S. 9.

136 CLEVER, AGB und der ökonomische Hintergrund der Vertragsfreiheit, in: Jhb. für Sozialwissenschaft, Bd. 28 (1977), S. 126 ff. (127).

137 KRAMER, Krise, S. 15 f.

138 Zum Rationalisierungseffekt genereller Normen gegenüber einer «Anhäufung inhaltsgleicher Individualnormen» ADOMEIT, S. 116.

kann nichts anderes gelten¹³⁸. Auch wenn die Domäne der AGB bei gesetzlich nicht geregelten Vertragsarten liegt (Reiseveranstaltung, Leasing etc.)¹³⁹, so bleiben auch bei den gesetzlichen Vertragstypen viele Fragen ungeregelt und damit einer Rationalisierung zugänglich.

Ein zweiter echter Vorteil liegt in der *Senkung administrativer Kosten* infolge des einheitlichen Inhalts der AGB. KÖTZ erwähnt als Beispiel die Vereinfachung der Kalkulation¹⁴⁰. Einheitlichkeit erlaubt aber auch eine effizientere Datenverarbeitung¹⁴¹, Fakturierung, Mahnung etc. Auch dieser Vorteil besteht für Arbeitsverhältnisse in gleichem oder sogar erhöhtem Ausmass, wird doch die Personalorganisation entscheidend erleichtert: Einsatzplanung, programmierte Abrechnung über das Arbeitsentgelt etc. sind Daueraufgaben, bei denen eine Individualisierung immer wieder, d.h. regelmässig höhere Kosten verursachen würde.

Der dritte Rationalisierungsvorteil betrifft den innerbetrieblichen Informationsfluss. AGB dienen als generelle Weisungen an das Verkaufspersonal über die einzuhaltenden Vertragsbedingungen («einheitlich bindende Verhandlungsdirektiven»)¹⁴². Bei AAB kommt dieser Vorteil weniger zum Tragen, wird doch gerade bei grösseren Betrieben das Personalwesen durch einen zentralen Dienst betreut.

Informationsprobleme stellen sich aber vorwiegend bei verzweigten Organisationsformen und grösserer Entfernung zwischen der übergeordneten entscheidenden und den untergeordneten ausführenden Stellen.

Insgesamt ist die mögliche Rationalisierungswirkung auch von AAB aber erheblich. Daraus müsste geschlossen werden, dass der ausgehandelte Einzelvertrag eine unrationelle Ausübung der Vertragsfreiheit darstellt, jedenfalls bei Massen-Rechtsgeschäften. Dennoch darf meines Erachtens nicht angenommen werden, der Rationalisierungseffekt trete in jedem Fall auf und sei für alle Vertragsbestimmungen gleich bedeutsam. Zudem darf nicht übersehen werden, dass dieser Nutzen, auch wenn er nicht zulasten der einen Partei geht, wohl nur selten beiden Parteien in genau gleichem Masse zukommt. Kostensenkungen *können* sich auf die Preise bzw. Löhne auswirken, tun dies aber in sehr unterschiedlichem und keinesfalls generell bestimmbar Ausmass¹⁴³. Richtig ist wohl einzig, dass jede generelle Aussage über diese Nutzverteilung der Wirklichkeit nur teilweise gerecht werden kann.

139 BAUER, S. 12.

140 KÖTZ, S. (A) 25.

141 BAUER, S. 10.

142 BAUER, S. 10.

143 Die Weitergabe von Kostensenkungen dürfte einen einigermaßen funktionierenden Markt vorausgesetzt entscheidend von der sog. Nachfrageelastizität abhängig sein.

13.2. *Spezialisierung und Ergänzung des Gesetzes*

Nun wird die Ansicht vertreten, das Argument der Rationalisierung habe keine selbständige Bedeutung neben anderen Vorteilen der AGB, insbesondere der Spezialisierung des Gesetzes: «Bei näherem Zusehen ist ersichtlich, dass die Rationalisierung des Geschäftsbetriebes ein übergeordneter Gesichtspunkt ist, der zur Aufstellung von AGB im vorhinein und zu ihrer Verwendung für alle Massengeschäfte führt, der jedoch seinerseits durch den Wunsch nach Spezialisierung des Gesetzes und Verschiebung des Geschäftsrisikos begründet ist. Denn am rationellsten wäre es zweifellos, man würde auf die Aufstellung und Verwendung von AGB überhaupt verzichten können, weil der gewünschte Rechtszustand bereits durch das Gesetz befriedigend geregelt ist»¹⁴⁴. Dem letzten Satz ist zuzustimmen, nicht jedoch der Aussage, die Rationalisierung sei durch den Wunsch nach Spezialisierung des Gesetzes (und Verschiebung des Geschäftsrisikos) begründet. Vielmehr verhält es sich meines Erachtens gerade umgekehrt: Die Spezialisierung des Gesetzes ist durch den Wunsch nach Rationalisierung begründet, *sie* ist das Mittel zum Zweck. Damit soll sie nun allerdings nicht abgewertet sein, im Gegenteil: Die Spezialisierung und Ergänzung des Gesetzes dienen *mehr* als nur der Rationalisierung. Durch Lückenfüllung, Verdeutlichung und Konkretisierung¹⁴⁵ dienen AGB – in ihrer Eigenschaft als spezielle und ergänzende Normen – der *Rechtssicherheit und Streitverhütung* als weiterem anzustrebendem Ziel (vgl. sogleich hinten Ziff. 13.3.). Die Urheber und Verwender von AGB, also die Unternehmer, haben meines Erachtens kaum den Ehrgeiz, eine verfeinerte Rechtsordnung um ihrer selbst willen zu erschaffen. Der schöpferische Elan dürfte ein sofortiges Ende finden, wenn sich das gewünschte Resultat auch einfacher erzielen liesse. So z.B. durch ausdrückliche Übernahme des dispositiven Rechts in die AGB. Durch den Druck des «take it or leave it» würde die Einheitlichkeit zwingend hergestellt, die wiederum (als *Zweck*) die Rationalisierung (z.B. durch EDV-Einsatz) verwirklichen würde. Aber auch die unveränderte Übernahme zwingenden Gesetzesrechts kann ihre Vorteile haben, nämlich den Schutz vor – ungewollten, weil versehentlichen – einzelvertraglichen Abweichungen vom zwingenden Recht. Daraus folgt, dass mit den Argumenten der Rationalisierung und Spezialisierung (neben der Risikoverschiebung) die Vorteile der AGB nicht abgedeckt sind. Weder ist die Rationalisierung der einzige Zweck der AGB noch ist die Spezialisierung des Gesetzes das einzige Mittel zur Erfüllung dieser Zwecke.

144 REHBINDER, AGB, S. 109.

145 Ebd., S. 109 f.

13.3. *Rechtssicherheit und Streitverhütung*

Angestrebt wird neben der Rationalisierung eine gewisse *Rechtssicherheit*. Als Mittel dazu gilt zum einen die Schriftform der AGB¹⁴⁶. ADOMEIT erwartet zudem von der generellen Norm eine bessere Vorausssehbarkeit der zu erwartenden Rechtslage, wobei für das Arbeitsverhältnis die Ausschaltung willkürlicher Ungleichbehandlung von besonderer Bedeutung ist («Stabilisierungseffekt»)¹⁴⁷. Zur Rechtssicherheit muss natürlich auch die Klarheit der Ausdrucksweise beitragen. In dieser Beziehung bietet die vorbereitete Vertragsordnung gegenüber dem auf der Stelle ausgehandelten Vertrag eine weit günstigere Ausgangslage. Nach Durchsicht von knapp hundert AAB muss man den Eindruck gewinnen, dass diese Chance in aller Regel auch genützt wird. Daran kann die unbefriedigende Allgemeinverständlichkeit übertrieben abstrakt formulierter Klauseln (dazu vorn 12.31.2., Intellektuelles Übergewicht) im Grundsatz nichts ändern.

Schliesslich ist der Zweck der *Streitverhütung* zu erwähnen. Nach KÖTZ wird sie «durch Klarstellung und Präzisierung dessen, was unter den Parteien gelten soll», angestrebt¹⁴⁸. Durch Spezialisierung und Ergänzung des Gesetzes kann Vollständigkeit der zu regelnden Vertragspunkte, auch im Sinn einer «Checklist» angestrebt werden. Die wörtliche Übernahme des Gesetzestextes schliesslich bringt Sicherheit vor Formfehlern und widerrechtlichem Vertragsinhalt.

Dabei bedeutet Streitverhütung mehr als Kostensenkung. AGB mit fairem Inhalt, wie selten sie auch sein mögen, sind doch grundsätzlich geeignet, mit ihrer streitverhütenden Wirkung die guten Beziehungen zwischen den Vertragspartnern zu erhalten und Goodwill zu schaffen.

13.4. *Ergebnis*

Als echter Vorteil von AAB ist ihre mögliche Rationalisierungswirkung (Zeitersparnis beim Vertragsabschluss sowie Senkung administrativer Kosten) zu bezeichnen. Wie sich dieser Nutzen auf die beiden Vertragspartner verteilt, kann nicht generell gesagt werden. Der zweite wichtige Vorteil ist die potentiell streitverhütende Wirkung und die Förderung der Rechtssicherheit. Keine selbständige Bedeutung hat dagegen die Wirkung der Gesetzesergänzung und -Spezialisierung; sie stellt aber ein wichtiges Mittel zum Erreichen der erwähnten Zwecke dar.

146 BAUER, S. 5.

147 ADOMEIT, S. 116. (Zur Ordnungsfunktion der AAB hinten 2.2.; zur Gleichbehandlung 4.)

148 KÖTZ, S. (A) 27.

Zusammenfassung

1. AAB sind als rechtsgeschäftliche Normen gekennzeichnet durch den Widerspruch zwischen vertraglicher Geltung und gesetzesähnlicher Wirkung.
2. Die faktische Unterwerfung des Arbeitnehmers unter diese rechtsgeschäftlichen Normen führt zur Gefahr, dass weder die vertragliche Richtigkeit noch die Gerechtigkeit des dispositiven Rechts zum Tragen kommt. Daraus entsteht die Möglichkeit einseitiger Eigennützigkeit.
3. Als Vorteile sind die Wirkungen der Rationalisierung, Streitverhütung und Förderung der Rechtssicherheit zu erwähnen.

2. Der besondere Regelungsinhalt des Arbeitsvertrages

Die bisherigen Darlegungen galten der Problematik vorbereiteter Vertragsordnungen. Dabei wurde deutlich, dass für die Rechtswissenschaft der standardisierte *Austauschvertrag* im Zentrum der Betrachtung steht. In der rechtspolitischen Diskussion wird die Problematik der AGB primär oder sogar ausschliesslich als solche des Konsumentenschutzes aufgefasst¹.

Für den Arbeitsvertrag sind die daraus gewonnenen Problemstellungen insofern verwertbar, als auch er gewisse Elemente eines Austauschvertrags aufweist. Soweit er nicht den Leistungsaustausch regelt, besteht für die Übernahme der herkömmlichen AGB-Problematik aber kein Grund. Es ist daher unumgänglich, den Regelungsinhalt des Arbeitsvertrags zu bestimmen.

Das Arbeitsverhältnis ist gekennzeichnet durch die Merkmale der Leistung von Arbeit auf Zeit im Dienst des Arbeitgebers gegen Lohn². In der Legaldefinition kommt der Austauschcharakter³ deutlich zum Ausdruck, präzisiert durch das Merkmal der Zeit, womit ein Dauerschuldverhältnis gegeben ist.

- 1 Vgl. dazu z.B. den Bericht der deutschen Bundesregierung zur Verbraucherpolitik (vom 18. 10. 1971, Bundestagsdrucksache VI/2724, S. 8), in welchem ein wirksamer Schutz der Konsumenten gegenüber unangemessenen Vertragsbedingungen gefordert wurde. Immerhin gilt das deutsche AGB-Gesetz (mit Ausnahmen, vgl. § 24 ABGB) auch für den kaufmännischen Verkehr. Die Regelung des persönlichen Geltungsbereichs war eine der umstrittensten Fragen der Gesetzgebung, vgl. ULMER, AGB-Kommentar, N. 4, 6 ff. zu § 24.
- 2 Art. 319 Abs. 1 OR: «Durch den Einzelarbeitsvertrag verpflichtet sich der Arbeitnehmer auf bestimmte oder unbestimmte Zeit zur Leistung von Arbeit im Dienst des Arbeitgebers und dieser zur Entrichtung eines Lohnes, der nach Zeitabschnitten (Zeitlohn) oder nach der geleisteten Arbeit (Akkordlohn) bemessen wird.»
- 3 Die Pflichten zur Arbeitsleistung und Lohnzahlung sind vermögensrechtlicher Art «und rechtfertigen die Einreihung des Arbeitsvertrages unter die zweiseitigen Schuldverträge des Obligationenrechts.» REHBINDER, Schweizerisches Arbeitsrecht, 5.A., Bern 1979, S. 32.

Auch der Begriff «im Dienst des Arbeitgebers» scheint auf den ersten Blick nur den Leistungsaustausch zu präzisieren. Er kennzeichnet die wirtschaftliche Unselbständigkeit⁴ sowie die Abhängigkeit des Arbeitnehmers vom Arbeitgeber, welcher ein rechtliches Subordinationsverhältnis⁵ entspricht. Insofern erscheint es durchaus sinnvoll, die aus der abhängigen Arbeit resultierenden Rechte und Pflichten durch eine schuldrechtliche Zweierbeziehung zu regeln.

Nun weist aber die Leistung von Arbeit «im Dienst des Arbeitgebers» nicht nur die Besonderheit der wirtschaftlichen Unselbständigkeit auf. Hinzu kommt die Tatsache, dass bei der heute vorherrschenden Produktionsweise der Arbeitnehmer in eine arbeitsteilige Organisation eingegliedert wird. Ebenso wie der Leistungsaustausch bedarf diese Eingliederung der rechtlichen Regelung. Für beide Bereiche wird schliesslich zu prüfen sein (hinten 3.), ob sich Allgemeine Arbeitsbedingungen als Regelungsinstrument eignen.

2.1. *Eingliederung in die arbeitsteilige Organisation*

Wie der Käufer oder der Mieter übernimmt der Arbeitnehmer mit dem Vertragsabschluss eine *Rolle*⁶. Die Funktion des Arbeitnehmers innerhalb der Institution Unternehmung unterscheidet sich nun aber grundlegend von der Funktion etwa des Käufers. Sie wird umschrieben als «gliedschaftsähnliche Stellung»⁷ des Arbeitnehmers in Betrieb und Unternehmung. Diese gliedschaftliche Stellung ist nun mit ihren Ursachen und Folgen näher darzustellen.

2.1.1. *Organisationstechnische Ursache der Eingliederung*

2.1.1.1. *Arbeitsteilung und Organisation*

Eine hohe Produktivität der Wirtschaftstätigkeit ist das Resultat weitgehender Spezialisierung der Arbeitsabläufe. Die Vielzahl der Arbeitsvorgänge erfordert deren Organisation^{7a}. Nach wie vor erweist sich eine relativ

4 Wirtschaftliche Unselbständigkeit bedeutet, dass der Arbeitnehmer keine selbständige Einheit (Wirtschaftssubjekt) auf den Märkten für Güter und Dienstleistungen darstellt, da er auf eigene Rechnung ausschliesslich am Arbeitsmarkt auftritt. Die rechtliche Abgrenzung führt zu erheblichen Schwierigkeiten; dazu z.B. ZÖLLNER, Arbeitsrecht, München 1977, S. 34–38.

5 Die «Weisungsunterworfenheit» gilt nach heute h. L. als massgebendes Kennzeichen (Indiz) des Merkmals der Unselbständigkeit, ZÖLLNER, Arbeitsrecht, S. 34 f.

6 Die soziale Rolle wird verstanden als Zusammenfassung «äusserer und innerer Verhaltensmuster, die um eine soziale Funktion herum entstehen.» (REHBINDER, Rechtssoziologie, Berlin – New York 1977, S. 90).

7 ZÖLLNER, Privatautonomie, S. 224. Ihm folgend H. P. WESTERMANN, Sozialmodelle, S. 161.

7a «Wenn mehrere Menschen zusammenarbeiten, um ein gemeinsames Ziel zu erreichen, entsteht das Bedürfnis der Organisation, d.h. nach Ordnung und Regelung dieses Zusammenwirkens, weil ohne eine solche Ordnung das gesetzte Ziel nicht oder nur auf höchst unrationelle Weise erreicht werden kann.» (ULRICH/STÄRKLE, Verbesserung der Organisationsstruktur von Unternehmungen. 3. A., Bern 1969, S. 5.)

dauerhafte Struktur (Gefüge) verbunden mit festgelegten Prozessen (Abläufen) zwischen den Elementen des Systems Unternehmung als die leistungsfähigste Form der Organisation⁸. Mit der Komplexität der Organisation steigt aber auch die Anzahl der Interaktionen zwischen ihren Elementen (d.h. u.a. den Arbeitnehmern). Diese Interaktionen bedürfen nun einer *Regelung*, damit die verschiedenen Prozesse innerhalb der Struktur wie geplant ablaufen. «Die Organisationsvorschriften bezwecken, einerseits die Aufgaben, Kompetenzen und Verantwortlichkeiten der einzelnen Mitarbeiter generell festzulegen und andererseits ihre arbeitsmässig notwendigen Beziehungen zu anderen Mitarbeitern zu bestimmen»⁹.

21.12. *Unterschiedliche Intensität der Eingliederung*

Nun sind aber nicht alle Betriebe gleich komplex organisiert. Nach Wirtschaftszweigen, Produktionsmethoden, Betriebsgrösse usw. ergeben sich erhebliche Unterschiede. Dementsprechend kann auch die Eingliederung der Arbeitnehmer in die arbeitsteilige Organisation nicht bei allen Betrieben gleich intensiv sein.

Die Erkenntnis dieser Tatsache führte verschiedene Autoren, wohl die h.L. dazu, das Merkmal der Eingliederung als Abgrenzungskriterium des Arbeitsvertrags gegenüber anderen Vertragstypen fallenzulassen¹⁰. Im äussersten Fall ist nämlich ein Arbeitsverhältnis ohne jegliche Eingliederung in eine arbeitsteilige Organisation denkbar, so z.B. im Fall des Privatchauffeurs oder -Sekretärs¹¹, der Haushälterin usw. In diesen Fällen besteht wohl Unselbständigkeit (im Sinne wirtschaftlich unselbständiger Erwerbstätigkeit), hingegen entfällt die Notwendigkeit, die Arbeitstätigkeit mit derjenigen anderer Arbeitskräfte zu koordinieren. Es ist also hier nicht nötig, «die arbeitsmässig notwendigen Beziehungen zu anderen Mitarbeitern zu bestimmen»,¹² sondern es genügt, die Aufgaben, Kompetenzen und Verantwortlichkeiten des Mitarbeiters festzulegen¹³.

Dass die unselbständige Erwerbstätigkeit *ohne* Eingliederung in eine arbeitsteilige Organisation die Ausnahme darstellt, bedarf aber keines weiteren Nachweises. Immerhin sind auch heute, vor allem in Kleinbetrieben des

8 Dabei braucht das Ordnungsgefüge nicht rein hierarchisch aufgebaut zu sein. Flexiblere Strukturen sind z. B. die Projekt-Organisation oder die Matrix-Organisation (H. ULRICH, Unternehmungspolitik, Bern/Stuttgart 1978, S. 199).

9 Ebd., S. 197.

10 Z.B. ZÖLLNER, Arbeitsrecht, S. 35, mit Nachweisen.

11 HUECK/NIPPERDEY, Lehrbuch des Arbeitsrechts, Bd. I, 7. A, Berlin/Frankfurt M 1963, S. 42, FN 15.

12 ULRICH, Unternehmungspolitik, S. 197.

13 Ebd.

Dienstleistungssektors, Tätigkeiten mit wenig ausgeprägter Arbeitsteilung und einfacherer Produktionsweise¹⁴ recht häufig. Dementsprechend bedarf es in diesen Fällen auch einer wenig ausgeprägten Eingliederung.

21.2. Zugehörigkeit zur Belegschaft

Spezialisierte Arbeitstechnik führt mehr oder weniger zwangsläufig zum integrierten Zusammenwirken mehrerer Arbeitskräfte. Die Belegschaft wird bezeichnet als eine «natürliche, durch die Zugehörigkeit zu demselben Betriebe entstehende *Gemeinschaft*¹⁵, die vom Gesetz nicht geschaffen, sondern vorgefunden wird»¹⁶. Es geht um die Tatsache, dass alle Arbeitnehmer des Betriebs demselben Lebensbereich angehören¹⁷. Aus der Zweckgruppierung entsteht eine Struktur zwischenmenschlicher Beziehungen, da das Arbeitsverhalten des Menschen sich nicht, jedenfalls nicht vollständig, von seiner (übrigen) Persönlichkeit trennen lässt¹⁸.

Auch diese Struktur zwischenmenschlicher Beziehungen bedarf, wie die Organisationsstruktur, in gewissem Masse einer *Regelung*. Diese Regelung hat u.a. die Aufgabe, die Persönlichkeit des Arbeitnehmers vor Beeinträchtigungen durch die Mitarbeiter zu schützen; die entsprechende rechtliche Pflicht des Arbeitgebers ergibt sich aus Art. 328 OR. Erforderlich ist z.B. der Schutz vor übermässigen Immissionen (Rauchen) oder unangemessenen Mitteln politischer Betätigung. Daneben bedarf das Zusammenleben einer rein regelnden Ordnung, so z.B. die Benützung der Kantine, der Parkplätze usw. Somit führt die Eingliederung zu einem *anstaltsähnlichen* Gebilde, das einer inneren Ordnung bedarf¹⁹.

14 Z.B. Die Tätigkeit von Hilfskräften in freien Berufen.

15 Die Bezeichnung «natürliche Gemeinschaft» kann zu Missverständnissen führen. Entscheidend ist meines Erachtens die durch den Betriebszweck bedingte faktische Entstehung einer Gruppe.

16 NIKISCH, Arbeitsrecht, 3. A, Bd. I, Tübingen 1961, S. 250.

17 Ebd., S. 249.

18 Wenig hilfreich ist meines Erachtens die Auffassung MICHEL's, der Betrieb erfasse den Menschen nur als «Arbeitskraft», als solche sei der Mensch aber weder Person noch Sache (MICHEL, Industrielle Arbeitsordnung, Jena 1932, S. 9 ff.).

19 Als «Anstaltsordnung» bezeichnen SCHÖNENBERGER/JÄGGI (N. 438 zu Art. 1 OR) die Betriebsordnung und stellen sie neben die Hausordnungen für Haushalte und Miet Häuser.

21.3. Notwendigkeit rechtlicher Unterwerfung

21.31. Leitende und ausführende Funktionen

Das geordnete und geregelte Zusammenwirken bedarf einer bewussten Planung von *leitender* Stelle aus²⁰. Dies führt zur Bildung zweier grundlegend verschiedener Funktionsbereiche innerhalb der Unternehmung, nämlich der Bereiche ausführender (operationaler) und anordnender (leitender) Tätigkeiten²¹. Werden diese beiden Funktionen nicht von der gleichen Person (oder nicht allein von ihr) wahrgenommen, liegt *Fremdbestimmung* vor: Der ausführende Mitarbeiter hat sich der Entscheidung des anordnenden Vorgesetzten zu unterwerfen. Unmissverständlich ist nun aber festzuhalten, dass diese Notwendigkeit der Unterwerfung nicht auf einer wirtschaftlichen oder sonstigen Machtstellung beruht, sondern funktionsbedingt ist.

21.32. Systemunabhängigkeit der Unterwerfung

Zwar erscheint die Fremdbestimmung und Unterwerfung des Ausführenden unter die leitende Planung und Organisation als mit dem Selbstwert des Menschen nicht ohne weiteres vereinbar. Ihre Aufhebung würde aber das Prinzip der Arbeitsteilung verunmöglichen und die daraus resultierenden Vorteile, insbesondere die hohe Produktivität, verhindern. Die Fremdbestimmung ist auch nicht eine Eigentümlichkeit der Marktwirtschaft mit privater Verfügungsmacht über die Produktionsmittel^{21 a}; die erwähnte Unterwerfung ist ebenso für «volkseigene Betriebe» charakteristisch²². Daraus folgt nun aller-

20 ULRICH/STÄRKLE, S. 5. Immerhin ist anzuerkennen, dass auch ohne bewusste und leitende Planung eine Organisation entstehen kann, «indem sich aus vielen mehr oder weniger improvisierten Einzelmassnahmen, aus Gewohnheit und gesundem Menschenverstand gewisse Regeln ergeben, an die sich alle Beteiligten mehr oder weniger bewusst halten, und indem jeder Mitarbeiter seine Tätigkeit nach bestem Vermögen selbst auf das Tun seiner Kollegen abstimmt» (ULRICH/STÄRKLE, ebd.). Die Autoren weisen aber mit aller Deutlichkeit darauf hin, dass diese eher zufällige Organisationsweise nicht genüge, einen rationellen Arbeitsprozess herbeizuführen.

21 Dabei üben viele Arbeitnehmer leitende *und* ausführende Funktionen aus, nämlich leitende gegenüber den ihnen unterstellten Arbeitnehmern und ausführende gegenüber dem oder den Vorgesetzten. Denkbar ist schliesslich die gruppenweise organisierte Selbstbestimmung, so z.B. in Form der sog. selbstgesteuerten Arbeitsgruppe. Aber auch hier sind leitende und ausführende Funktionen gedanklich zu trennen.

21a Unzutreffend ist meines Erachtens deshalb die Abstützung einer «sozialen Macht zur Betriebsgestaltung» allein auf die Verfügungsgewalt des Arbeitgebers über die Produktionsmittel; so RICHARDI, Kollektivgewalt und Individualwille bei der Gestaltung des Arbeitsverhältnisses, München 1968, S. 115.

22 ADOMEIT verweist auf die «starke Betonung des Zusammenhangs von Weisung und Gehorsam im Gesetzbuch der Arbeit der Deutschen Demokratischen Republik vom 12. 4. 1961 (GBI. IS. 27): § 8 («Der Betriebsleiter leitet den Betrieb nach dem Prinzip der Einzelleitung») ... «Er ist gegenüber den Werktätigen weisungsberechtigt») und §§ 106 ff. («Die sozialistische Arbeitsdisziplin»).» ADOMEIT, S. 99, Anm. 323.

dings nicht die Notwendigkeit unkontrollierter und unbeschränkter Machtausübung des Leitenden über den Ausführenden. In jedem Wirtschaftssystem ist eine Kontrolle derartiger Macht möglich und sinnvoll, sei es durch Mitbestimmung des Ausführenden auf der entsprechenden Entscheidungsstufe oder durch den sog. «partizipativen Führungsstil»²³. Keine Form der Partizipation kann aber etwas daran ändern, dass es in der Unternehmung die leitende Funktion gibt; Partizipation kann aber bewirken, dass die Unterwerfung nicht vollständig durch Fremdbestimmung gekennzeichnet ist.

21.33. *Unterwerfung unter die Belegschaftsordnung*

Ebenso wie die Eingliederung in die Arbeitsorganisation führt die Eingliederung in die Belegschaft zur Notwendigkeit der Unterwerfung. Allerdings ist für diese nicht das Verhältnis zwischen Leitung und Ausführung bestimmend, sondern die Regelungsbedürftigkeit der zwischenmenschlichen Beziehungen innerhalb der Gruppe. Aber auch hier kann die Fremdbestimmung durch Partizipation gemildert werden; und auch hier ist die Unterwerfung durch Partizipation nicht aufzuheben.

21.34. *Unterschied zur Unterwerfung unter AGB*

Die Unterwerfung unter eine vorbereitete Vertragsordnung bedeutet das Akzeptieren einer unbekannten und weitgehend unerfassbaren rechtlichen Ordnung. Im günstigsten Fall dient sie der reibungslosen Abwicklung schuldrechtlicher Verträge. Eine zwingende Notwendigkeit der Unterwerfung kann aus dem Zweck des Rechtsgeschäfts in aller Regel nicht abgeleitet werden²⁴. Diese Unterwerfung bedeutet den *faktischen* Verzicht der einen Vertragspartei auf die Wahrnehmung eines Teils ihrer Interessen.

Demgegenüber ist die Unterwerfung unter die Ordnung des Betriebs durch den Zweck des Rechtsverhältnisses geboten. Durch einen entsprechenden

23 Von LATTMANN auch «partizipativ-kooperativer» Führungsstil genannt. Dieser setzt sich nach LATTMANN aus folgenden «Teilkonzepten» zusammen: Delegation von Aufgaben, Teilnahme an der Setzung der Unternehmungsziele, Beschränkung des Vorgesetzten auf Ergebniskontrolle (anstelle umfassender Durchführungskontrolle) und gruppenbezogene partizipativ-kooperative Führung (LATTMANN, Die Humanisierung der Arbeit und die Demokratisierung der Unternehmung, Bern/Stuttgart 1974, S. 113 ff.).

24 Ausnahmen sind denkbar, so beim *Versicherungsvertrag*, dessen Konditionen der Risikoberechnung und damit der Prämienordnung zugrundeliegen: «Versicherung beruht auf der Bildung einer Gemeinschaft von Trägern des gleichen Risikos. Die gleichförmige Umschreibung des gedeckten Risikos kann aber im Verhältnis zu allen Versicherungsnehmern nur auf dem Wege über Allgemeine Geschäftsbedingungen erfolgen.» (KÖTZ, S. A25, Anm. 31).

Unterwerfungsvertrag werden nicht direkt Rechte und Pflichten begründet, sondern es wird die Regelungsgewalt des einen Vertragspartners über den anderen vereinbart: «Die Unterwerfung ist ein Spezialfall der Ermächtigung, dadurch gekennzeichnet, dass sie von dem künftigen Normadressaten an den künftigen Normurheber erbracht wird. Sie ist eine Ermächtigung ‚von unten‘.

Ihr altes Modell ist der Staatsvertrag zwischen einem Volk und seinem Herrscher»²⁵. Auch MEYER-CORDING spricht von einer «Souveränitätseinbusse des Arbeitnehmers»²⁶, der Beitrittsvertrag (zur Eingliederung in den Betrieb) stelle eine moderne Form des historischen Statusvertrages dar²⁷. Diese Bedeutung misst er nun aber auch dem «Beitritt» zu anderen vorbereiteten Vertragsordnungen zu, nämlich den Statuten eines Vereins²⁸ und jeglicher Art Allgemeiner Geschäftsbedingungen²⁹. Damit wird meines Erachtens aber der entscheidende Unterschied zwischen den beiden Arten der Unterwerfung zu wenig deutlich gemacht. Die Unterwerfung unter AGB bedeutet eine *Inhaltsunterwerfung* (unter eine vorbereitete Vertragsordnung, Rechte und Pflichten regelnd), während die arbeitsrechtliche Unterwerfung – unabhängig von der Form des Vertragsschlusses – eine «*Regelungsunterwerfung*»³⁰ darstellt, die den Arbeitgeber zur Konkretisierung des Rechtsverhältnisses ermächtigt. Indem sie auf einer Ermächtigung beruht, kann sie meines Erachtens unbedenklich als *rechtliche* Unterwerfung – gegenüber der *faktischen* bei AGB – bezeichnet werden.

21.4. Gesetzliche Grundlage der Eingliederung

Die Notwendigkeit der Eingliederung des Arbeitnehmers in die arbeitsteilige Organisation und damit der rechtlichen Unterwerfung unter die betriebliche Ordnung ist vom Gesetzgeber auf zwei verschiedene Arten anerkannt worden: Sowohl das arbeitsvertragliche Weisungsrecht (Art. 321d OR) als auch die Vorschriften des Arbeitsgesetzes über die Betriebsordnung (Art. 37–39 ArG) tragen jener Notwendigkeit Rechnung.

21.41. Weisungsrecht

Das Weisungsrecht des Arbeitgebers gemäss Art. 321d OR weist verschiedene Ausprägungen auf: Weisungen sind sowohl über «die Ausführung der Arbeit» als auch über «das Verhalten der Arbeitnehmer im Betrieb» zulässig.

25 ADOMEIT, S. 102, mit Nachweisen von PLATON über HOBBS und ROUSSEAU bis zu POPPER(!).

26 MEYER-CORDING, S. 102.

27 Ebd., S. 47.

28 Ebd., S. 90.

29 Ebd., S. 96 f.

30 ADOMEIT, S. 103 f.

und sie können entweder als «allgemeine Anordnungen» oder aber als «besondere Weisungen» ausgestaltet sein. Dem Zweck der Eingliederung des Arbeitnehmers dient nun vor allem die *allgemeine* Anordnung über das *Verhalten der Arbeitnehmer im Betrieb*.

Allgemeine Weisungen ermöglicht das Gesetz nach h.L. insofern, als sie alle Arbeitnehmer oder bestimmte Gruppen betreffen können³¹, aber auch insofern, als sie Richtlinien enthalten können, die für eine Vielzahl von Situationen bestimmt sind³². Damit bildet Art. 321d OR die Rechtsgrundlage für den Erlass generell-abstrakter Regelungen durch den Arbeitgeber. Das Gesetz schafft damit die formellen Voraussetzungen für die Eingliederung des Arbeitnehmers in die arbeitsteilige Organisation.

Aber auch inhaltlich bildet Art. 321d OR eine tragfähige Grundlage, indem er Anordnungen über das Verhalten der Arbeitnehmer im Betrieb ermöglicht. Darunter fallen Weisungen z.B. über die Zusammenarbeit mit anderen Mitarbeitern oder die Anwendung der Sicherheitseinrichtungen³³. Begrenzt ist das Weisungsrecht insofern, als es sich grundsätzlich nicht auf das Verhalten ausserhalb des Betriebs erstreckt³⁴ sowie durch den selbstverständlichen, im Gesetz (Art. 321d Abs. 2 OR) aber noch ausdrücklich erwähnten Grundsatz der Rechtsausübung nach Treu und Glauben. Zweifellos ermöglicht dieses gesetzliche Weisungsrecht aber alle Anordnungen, die für die Eingliederung des Arbeitnehmers in die arbeitsteilige Organisation erforderlich sind.

Diese Rechtslage ist keineswegs selbstverständlich. Vor der Revision im Jahre 1971 war eine «Arbeitsordnung» gemäss Art. 321 OR nur dann verbindlich, wenn sie schriftlich aufgesetzt und dem Arbeitnehmer vor seiner Anstellung zur Kenntnis gebracht worden war. Nach STREIFF stellte diese frühere Regelung eine «systemwidrige» Erschwerung des Erlasses allgemeiner Anordnungen dar: «Denn er (sc. der Arbeitnehmer) verkauft dem Arbeitgeber seine Arbeitskraft auf Zeit, und es liegt in der Natur der Dinge, dass der Arbeitgeber darüber in den Schranken der Rechtsordnung frei verfügen kann, dass ihm ein *allgemeines Direktionsrecht* zustehen muss»³⁵. Anlässlich der Revision von 1971 habe dann der Gesetzgeber zu der «extremen Zurückhaltung» der bisherigen Regelung keinen Anlass mehr gesehen³⁶.

31 STAMM, Das Weisungsrecht des Arbeitgebers und seine Schranken, Basel/Stuttgart 1977, S. 36; Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zum Entwurf eines Bundesgesetzes über die Revision des Zehnten Titels und des Zehnten Titels bis des Obligationenrechts (Der Arbeitsvertrag) vom 25. August 1967, Bern 1967, S. 69.

32 STAMM, S. 36.

33 Botschaft Arbeitsvertrag, S. 69.

34 Botschaft Arbeitsvertrag, S. 69; zu den Ausnahmen REHBINDER, Arbeitsrecht, S. 45.

35 STREIFF, Leitfaden zum neuen Arbeitsvertrags-Recht, 3.A, Glattbrugg/Zürich 1974, N.2 zu Art. 321d OR.

36 Ebd., N. 1 zu Art. 321d OR.

Dabei dürfen meines Erachtens nun allerdings die Gefahren einer solchen Regelungsbefugnis des Arbeitgebers nicht ausser Acht bleiben. Wohl bestehen die Schranken der Rechtsordnung; aber sie sind mit Art. 2 ZGB (Rechtsausübung nach Treu und Glauben) oder Art. 328 OR (arbeitsrechtlicher Persönlichkeitsschutz)³⁷ recht *unbestimmt* gefasst; das Bekenntnis zum freien Weisungsrecht würde meines Erachtens daher auch zu einer Präzisierung seiner Schranken verpflichten. Denn die mit der Revision von 1971 angestrebte Flexibilität genereller betrieblicher Regelungen, bedingt durch das Bedürfnis der Anpassung an die «wechselnden Verhältnisse des Betriebes»³⁸, darf nicht einseitig zu Lasten der Rechtsstellung des Arbeitnehmers verwirklicht werden³⁹.

21.42. Betriebsordnung

Nach Art. 38 Abs. 1 ArG hat die Betriebsordnung «Bestimmungen über die Gesundheitsvorsorge und Unfallverhütung und, soweit notwendig, über die Ordnung im Betrieb und das Verhalten der Arbeitnehmer im Betrieb» aufzustellen. In Verbindung mit Art. 37 Abs. 4 ArG (Möglichkeit des einseitigen Erlasses durch den Arbeitgeber) wird der Arbeitgeber ermächtigt, eine *«autonome betriebliche Satzung»*⁴⁰ aufzustellen, also eine Ordnung, die *Normen objektiven Rechts*⁴¹ enthält. Allerdings wird diese Satzungsbefugnis beschränkt, was den Erlass von Bestimmungen über die Ordnung im Betrieb und das Verhalten der Arbeitnehmer im Betrieb (d.h. die Eingliederung des Arbeitnehmers in die arbeitsteilige Organisation) betrifft: Der Erlass solcher Vorschriften muss «notwendig» sein, und zwar notwendig «nach Art und Grösse des Betriebes und der übrigen betrieblichen Verhältnisse»⁴².

Will der Arbeitgeber weitere, d.h. nicht notwendige Vorschriften (über die Ordnung und das Verhalten der Arbeitnehmer im Betrieb) in die Betriebsordnung aufnehmen, dann muss er diese gemäss Art. 38 Abs. 2 ArG mit der Arbeitnehmervertretung nach dem Verfahren gemäss Art. 37 Abs. 4 ArG *vereinbaren*. Der Gesetzgeber anerkennt die Notwendigkeit genereller Regelung der innerbetrieblichen Verhältnisse also auch in einem weiteren, das Notwendige übersteigenden Bereich, verlangt dafür aber die Zustimmung der Arbeitnehmervertretung⁴³, d.h. eine Betriebsvereinbarung⁴⁴.

37 Zum Art. 328 OR als Schranke des Weisungsrechts: Botschaft Arbeitsvertrag, S. 70. Zur Schrankenproblematik allgemein: STAMM, S. 51 ff.

38 Botschaft, S. 69.

39 Zur weiteren Problematik des Weisungsrechts s. hinten 32.2.

40 HUG, Kommentar zum Arbeitsgesetz, Bern 1971, N 19 zu Art. 39.

41 Ebd.

42 CANNER/SCHOOP, Arbeitsgesetz, 2.A 1976, N. 3 zu Art. 38.

43 «Für den Abschluss der Vereinbarung gelten die allgemeinen Grundsätze des Vertragsrechts (OR 1 ff.)». (HUG, Kommentar N. 9 zu Art. 37 ArG).

44 REHBINDER, Arbeitsrecht, S. 195.

Allein für sich genommen könnte diese Bestimmung (Art. 38 Abs. 2) zu einer weiteren Ausbreitung der Betriebsvereinbarung führen. Eine solche Entwicklung verhindert aber die obenerwähnte weite Ausgestaltung des Weisungsrechts, die dem Arbeitgeber grösste Flexibilität⁴⁵ und Entscheidungsfreiheit gewährt. Weisungsrecht und Betriebsordnung stehen damit nebeneinander als alternative Möglichkeiten, die Eingliederung des Arbeitnehmers in die arbeitsteilige Organisation zu regeln.

21.5. *Ergebnis*

Die Notwendigkeit der Eingliederung ergibt sich aus arbeitsorganisatorischen Gründen. Daneben bedürfen die Beziehungen innerhalb der Belegschaft einer rechtlichen Ordnung. Daraus folgt die Notwendigkeit der Unterwerfung des Arbeitnehmers unter generell-abstrakte Regelungen. Diese Unterwerfung unterscheidet sich ihrer Art nach von der Unterwerfung unter eine vorbereitete Vertragsordnung (AGB): Beim Arbeitsverhältnis liegt eine Regelungsunterwerfung vor, bei AGB eine *Inhaltsunterwerfung*.

Das Gesetz ermöglicht die rechtliche Regelung der Eingliederung auf zwei Arten, nämlich durch eine privatrechtliche Norm (Art. 321d OR), welche die Privatautonomie konkretisiert und durch eine öffentlichrechtliche Norm (Art. 38 ArG), welche auf einen Ausbau der (in der Schweiz nach wie vor freiwilligen) Betriebsverfassung abzielt.

2.2. *Regelung des Leistungsaustausches*

Nach der Besonderheit der Eingliederung des Arbeitnehmers ist nun der Leistungsaustausch (Leistung von Arbeit gegen Lohn, Art. 319 Abs. 1 OR) genauer zu betrachten. Die Eingruppierung des Arbeitsvertrags unter die zweiseitigen Schuldverträge⁴⁶ erlaubt es grundsätzlich, die für Allgemeine Geschäftsbedingungen insbesondere bei Kaufverträgen gewonnenen Erkenntnisse auf das Arbeitsverhältnis zu übertragen. In beiden Fällen wäre damit bei Verwendung vorbereiteter Vertragsordnungen eine Störung des Vertragsmechanismus und demzufolge auch der Willensbildung (vorn 12.4.) zu erwarten. Wiederum ist aber zu bedenken, dass sich aufgrund des Persönlichkeitsbezugs beim Arbeitsverhältnis Besonderheiten ergeben können.

45 Nach CANNER/SCHOOP ist die Aufnahme von Bestimmungen über Ordnung und Verhalten der Arbeitnehmer im Betrieb in die Betriebsordnung «nur soweit empfehlenswert, als es sich bei ihnen um grundlegende, für längere Zeitspanne gedachte Regeln handelt. Denn für kurzfristige, ständig sich ändernden Verhältnissen anzupassende Anordnungen steht dem Betriebsinhaber (Arbeitgeber) das Weisungsrecht zur Verfügung.» (N. 3 zu Art. 8 ArG).

46 REHBINDER, Arbeitsrecht, S. 32.

22.1. Grenzen des Aushandelns von Arbeitsbedingungen

Nach SÖLLNER wird über die Arbeitsbedingungen nicht verhandelt; vielmehr werde der Arbeitnehmer «eingestellt». Nach wie vor gelte SINZHEIMER's Feststellung, dass bei Abschluss eines Arbeitsvertrages, sobald ein grösserer Betrieb in Frage komme, «der Arbeitgeber das Normalschema bestimmt und der Einzelne sich diesem unterwirft oder auf Arbeit in diesem Betrieb verzichtet»⁴⁷. Dies würde der für AGB als typisch angenommenen Situation des take it or leave it⁴⁸ entsprechen. Es kann hier nicht darum gehen, weitere Mutmassungen über die in der Wirklichkeit verbreitete Einbeziehungssituation anzustellen⁴⁹. Es soll viel mehr danach gefragt werden, ob der Verzicht auf Vertragsverhandlungen beim Arbeitsverhältnis aufgrund seiner Besonderheiten allenfalls gerechtfertigt ist.

22.2. Gleichbehandlungsgrundsatz

Als Ansatzpunkt für diese Rechtfertigung dient das Bedürfnis nach Gleichbehandlung der Arbeitnehmer. Nach ZÖLLNER wird die *Einheitlichkeit* der Arbeitsbedingungen «auch und gerade durch den Zug zur Gleichheit als dem wesentlichsten Element der Gerechtigkeit gefordert. Uneinheitliche Arbeitsbedingungen im Betrieb, wenn sie nicht durch deutlich erkennbare Sachgründe getragen sind, fördern die Unzufriedenheit noch erheblich mehr als die unterschiedliche Bedienung gleicher Kunden durch einen Geschäftsmann»⁵⁰. Von besonderer Bedeutung ist dabei meines Erachtens ZÖLLNER's Vermutung, das Gleichheitsbedürfnis vermöge in nicht wenigen Fällen das Interesse an individualgestalterischer Mitwirkung am Vertragsinhalt aufzuwiegen⁵¹.

Über dieses Interesse hinaus ist aber die rechtliche *Pflicht* zur Gleichbehandlung in Betracht zu ziehen⁵². Nach WOLF gilt der Gleichbehandlungsgrundsatz «jedenfalls für einige der in Allgemeinen Arbeitsbedingungen geregelten Sachkomplexe, wie insbesondere für die Gratifikationszahlungen»⁵³.

47 SÖLLNER, Einseitige Leistungsbestimmung im Arbeitsverhältnis, Mainz/Wiesbaden 1966, S. 10 f. unter Berufung auf SINZHEIMER, Der korporative Arbeitsnormenvertrag, I. Teil (1907), S. 9 f.

48 Vorn 12.32.

49 Ein Rückschluss allein vom Inhalt der verwendeten Vertragsordnungen auf die Wirklichkeit der Einbeziehungssituation ist meines Erachtens jedenfalls nicht zulässig.

50 ZÖLLNER, Privatautonomie, S. 234.

51 Ebd.

52 GUMPERT, Inhaltskontrolle von Formulararbeitsverträgen und «Allgemeinen Arbeitsbedingungen», in: BB 1974, S. 139–142 (139).

53 Der Grund für die Gleichbehandlung liege darin, dass das zu verteilende Betriebsergebnis von allen Arbeitnehmern des Betriebs miterarbeitet worden ist. Infolge der Geltung des Gleichbehandlungsgrundsatzes stehe dem einzelnen Arbeitnehmer ein Anspruch auf Gratifikationszahlung auch dann zu, wenn der Arbeitgeber ihm kein entsprechendes Angebot unterbreite und ihm unberechtigt die Gratifikation vorenthält (M. WOLF, Normsetzung, JZ. 1973, S. 231).

Dies kann auch für das schweizerische Arbeitsrecht nicht anders sein⁵⁴. Bezüglich der Lohnerhöhung gilt folgendes: «Werden von einer *allgemeinen* Lohnerhöhung einzelne Arbeitnehmer ausgenommen, so bedeutet das für die Übergangenen *nicht bloss eine finanzielle, sondern gleichzeitig auch eine persönliche Zurücksetzung*. Durch diese, Ausnahmecharakter tragende schlechtere Behandlung wird also der *Gleichbehandlungsgrundsatz von OR 328 verletzt*, weil damit ein Unwerturteil des Arbeitgebers publik gemacht wird»⁵⁵.

Dabei sind nun aber auch die Grenzen der Pflicht zur Gleichbehandlung zu beachten: Diese Pflicht besteht nach h.L. *nicht* für die Festsetzung der Arbeitsbedingungen bei der *Einstellung*. So unterliegt die erstmalige Festsetzung des Lohnes dem Prinzip der freien Marktwirtschaft, das «nur durch die bekannten allgemeinen Schranken der Vertragsfreiheit und den allgemeinen Persönlichkeitsschutz von ZGB 28 beschränkt»⁵⁶ wird. D. MEYER begründet dies damit, dass Art. 328 OR nur im bestehenden Arbeitsverhältnis wirke, ein solches vor der Einstellung aber nicht bestehe. Deshalb sei der Arbeitgeber gegenüber dem Verhandlungspartner noch nicht zur Gleichbehandlung verpflichtet. Gegenüber den bereits beschäftigten Arbeitnehmern bestehe zwar die Gleichbehandlungspflicht, doch sei sie durch abweichende Behandlung Neueintretender nicht verletzt, da sachliche Unterschiede eine Ungleichbehandlung rechtfertigten⁵⁷.

Damit wird die Bedeutung des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes für Allgemeine Arbeitsbedingungen, soweit sie das Arbeitsverhältnis *neu begründen*, erheblich reduziert. Sie wird aber meines Erachtens nicht ganz aufgehoben. Es bleibt nämlich eine *indirekte* Einwirkung übrig. Diese erklärt sich aus der Eigenart des Arbeitsverhältnisses als «konstante Proportionsbeziehung».

22.3. *Das Arbeitsverhältnis als «konstante Proportionsbeziehung»*

Ausgangspunkt dieser Betrachtungsweise ist die Tatsache, dass das Arbeitsverhältnis als Dauerschuldverhältnis der Möglichkeit des Wandels unterliegt: «Wer sich zur Leistung von Diensten für einen längeren Zeitraum

54 Zur Gleichbehandlungspflicht bei Gratifikationszahlungen Daniel MEYER, *Der Gleichbehandlungsgrundsatz im schweizerischen Arbeitsrecht*, S. 298 (m. Nachweisen).

55 D. MEYER, S. 282.

56 Ebd., S. 277.

57 Diese sachlichen Unterschiede sind nach MEYER die folgenden: Erstens bestehe noch keine Möglichkeit des Leistungsvergleichs; zweitens bestehe ein sachlicher Unterschied in den rechtlichen Voraussetzungen («kein Vertragsverhältnis mit dem Bewerber; Gebundenheit an die bestehenden EAV»), «und drittens wissen die Arbeitnehmer um die grundsätzliche Freiheit des Vertragsabschlusses bzw. des Vertragsinhaltes, was bei ihnen das Entstehen des Gefühles persönlicher Zurücksetzung verhindert.» (MEYER, ebd., 276 f.).

oder auf unbestimmte Zeit verpflichtet, muss ... in der Regel mit späteren Veränderungen rechnen»⁵⁸. Dieses Bedürfnis nach Anpassung an veränderte Verhältnisse muss nun zur Annahme führen, die Vertragsparteien hätten im Vertrag zu Beginn des Arbeitsverhältnisses die Rechte und Pflichten nicht endgültig in absoluter Höhe festgesetzt (auch nicht festsetzen können oder wollen), sondern nur für die Anfangszeit, bis zur ersten Veränderung der Verhältnisse. Dennoch kann aber dieser Vertrag als dauerhafter Rahmen für das Arbeitsverhältnis dienen, indem er nämlich das *Verhältnis* der Vertragspflichten, also des Leistungsaustausches, festlegt. Vereinbart ist demnach ein Proportionswert: «Die Übereinkunft bindet die Partner nicht an den zufälligen Standort, den der Betrieb im Augenblick der Vereinbarung in seinem Entwicklungsprozess einnimmt, sondern an den Entwicklungsprozess selbst. Gebunden sind Angestellte und Betriebsinhaber an die Proportion zwischen den vereinbarten Normen und den veränderlichen Umständen»⁵⁹. Wird z.B. ein Arbeitnehmer befördert, so entsteht - proportional zur veränderten Arbeitsleistung - ein Anspruch auf höheres Arbeitsentgelt⁶⁰.

Dieser Automatismus ist nun meines Erachtens in Verbindung zu setzen mit dem Gleichbehandlungsgrundsatz. Will der Arbeitgeber beiden Regeln gerecht werden, bleibt ihm allein aufgrund der Praktikabilität kaum etwas anderes übrig, als soweit wie möglich gruppen- oder betriebseinheitliche Arbeitsbedingungen in seine Verträge aufzunehmen. Nur so kann er verhindern, dass durch Einhaltung des Proportionsprinzips (bei jedem Arbeitsverhältnis) eine unendliche Vielfalt der Verträge entsteht, so dass die Einhaltung des Gleichbehandlungsgrundsatzes unmöglich würde. Der Arbeitgeber muss bestrebt sein, möglichst viele *konstante* Grössen in die Verträge einzubringen (z.B. Regelung über die Lohnfortzahlung bei Krankheit, Regelung über erlaubte Absenzen etc.), damit die Arbeitsbedingungen der einzelnen Arbeitnehmer überhaupt vergleichbar werden. Nur so erscheint meines Erachtens eine konsequente Realisierung des Gleichbehandlungsgrundsatzes überhaupt denkbar. Schon bei der Einstellung wirkt damit der Gleichbehandlungsgrundsatz (indirekt), indem der Arbeitgeber von Anfang an für möglichst viele Vertragspunkte Einheitlichkeit wohl oder übel anzustreben und gegebenenfalls mit einem «take it or leave it» durchzusetzen hat.

58 SÖLLNER, Einseitige Leistungsbestimmung, S. 48.

59 DEHEN, Eine neue Auffassung vom Arbeitsvertrags-, Betriebs- und Tarifrecht, Diss. Köln 1931, S. 93. SÖLLNER übernahm diese Betrachtungsweise DEHEN's und führte ihren Grundgedanken auf das in der Zivilrechtslehre entwickelte Prinzip des «funktionellen Synallagma» zurück (SÖLLNER, Einseitige Leistungsbestimmung, S. 53).

60 SÖLLNER, Einseitige Leistungsbestimmung, S. 53.

22.4. *Ergebnis*

Der Verzicht auf Vertragsverhandlungen ist beim Arbeitsverhältnis in gewissem Mass notwendig zur Verwirklichung des Gleichbehandlungsgrundsatzes. Dies gilt vor allem für die Fortbildung des Arbeitsverhältnisses. Auch bei dessen Begründung muss aber im Hinblick auf die künftige Gleichbehandlung eine gewisse Einheitlichkeit der Arbeitsbedingungen in der Gruppe oder im ganzen Betrieb angestrebt werden.

Zusammenfassung

Das Arbeitsverhältnis weist bezüglich vorbereiteter Vertragsordnungen gegenüber anderen Schuldverhältnissen folgende Besonderheiten auf:

- a) Es besteht die Notwendigkeit der Regelungsunterwerfung als Folge der Eingliederungssituation.
- b) Es besteht die Notwendigkeit, zum Zwecke der Gleichbehandlung der Vertragspartner die Vertragsbedingungen in gewissem Mass einheitlich zu gestalten.

3. **Allgemeine Arbeitsbedingungen als Gestaltungsmittel des Arbeitsverhältnisses**

Aus den im vorhergehenden Abschnitt aufgezeigten Besonderheiten des Arbeitsverhältnisses ergeben sich nun die *Anforderungen*, die an das optimale Mittel zur Gestaltung des Arbeitsverhältnisses zu stellen sind (3.1.). Im Vergleich mit anderen Gestaltungsmitteln wird sich dann erweisen, ob Allgemeine Arbeitsbedingungen in Form der vertraglichen Einheitsregelung zu diesem Zweck *geeignet* sind (3.2.) und wenn ja, in welcher Form (3.3.).

3.1. *Anforderungen an das Gestaltungsmittel*

Vorerst ist zu fragen, ob infolge des beim Arbeitsverhältnis bestehenden Bedürfnisses nach Regelungsunterwerfung und nach Einheitlichkeit der Arbeitsbedingungen vom Vertragsmechanismus Abschied zu nehmen ist und wodurch dieser allenfalls zu ersetzen wäre.

Ein vollständiges Ausschalten des Einzelarbeitsvertrages ist mit der bestehenden Wirtschaftsverfassung meines Erachtens nicht zu vereinbaren. Dieses Rechtsinstitut wird auf dem Gebiet des Arbeitsrechts aber in seinen

Funktionen beträchtlich reduziert¹. Die sogenannten «formellen Arbeitsbedingungen»² werden in den allermeisten Fällen als Gegenstand von Vertragsverhandlungen ohnehin nicht in Frage kommen. Aber auch bei den materiellen Arbeitsbedingungen, also denjenigen, welche den Umfang und die Modalitäten der auszutauschenden Leistungen festlegen, sind Einschränkungen aufgrund des Gleichbehandlungsgrundsatzes unvermeidlich (dazu vorn 22.3.). In diesen Bereichen ist nun ein Ersatz für den fehlenden Vertragsmechanismus zu suchen.

An dieses zu suchende Gestaltungsmittel des Arbeitsverhältnisses sind folgende Anforderungen zu stellen:

1. *Die Interessen der Arbeitnehmer sind zu schützen.* Da keine vertragliche Richtigkeitsgewähr gegeben ist, muss dieses Ziel auf anderem Wege erreicht werden. Grundsätzlich ist anzunehmen, dass eine *einseitig* durch den Arbeitgeber vorgenommene Bestimmung von Arbeitsbedingungen dieser Anforderung weniger genügen wird als eine *Vereinbarung* der Arbeitsbedingungen mit der Arbeitnehmersvertretung.

2. *Die Regelungsunterwerfung* ist zu gewährleisten. Die betriebliche Organisation erfordert die Möglichkeit, die Arbeitsbedingungen jedes einzelnen Arbeitsverhältnisses veränderten Bedingungen anzupassen. Somit ist eine gewisse *Flexibilität* der Arbeitsbedingungen notwendig. Grundsätzlich erscheint in dieser Hinsicht die einseitige Bestimmung der Arbeitsbedingungen durch den Arbeitgeber als das geeignete Regelungsmittel.

3. *Einheitlichkeit der Arbeitsbedingungen* muss für gewisse Sachbereiche durchzusetzen sein. Dies erfordern sowohl der Gleichbehandlungsgrundsatz als auch die Notwendigkeit der Ordnung im Betrieb und Regelung der Verhältnisse innerhalb der Belegschaft.

Offensichtlich sind diese Anforderungen nicht ohne weiteres miteinander zu vereinbaren. Sie stehen teilweise in antinomischem Verhältnis zueinander. Die Flexibilität kann z.B. sowohl dem Bedürfnis nach Einheitlichkeit widersprechen als auch dem Bedürfnis nach Schutz der Arbeitnehmerinteressen bezüglich des Leistungsaustausches. Will man nun unter diesen drei antinomischen Zielen eine (theoretische) *Präferenz* festlegen, stösst man auf das

1 So stellt SCHLUEP fest, der Wettbewerbsmechanismus funktioniere auf dem Arbeitsmarkt bekanntlich nicht (Überbordungsgefahren von Arbeitskonflikten, Bern 1973, S. 12). Immerhin kann sich dies meines Erachtens nur auf den *Vertragsinhalt* beziehen, nicht jedoch auf die *Wahl des Vertragspartners*; bezüglich dieser Funktion ist der Einzelvertrag auch durch die staatlich gewährleistete Kollektivautonomie nicht zu ersetzen.

2 NIKISCH bezeichnet als solche die «Dienst- und Ordnungsvorschriften, durch welche die Ordnung des Betriebes und das damit zusammenhängende Verhalten der Arbeitnehmer geregelt wird.» Der Unterschied zu den «materiellen» bestehe darin, «dass sie als für die geordnete Zusammenarbeit unentbehrlich für den ganzen Betrieb oder eine Betriebsabteilung *einheitlich* gelten müssen und deshalb grundsätzlich nicht Gegenstand einer Vereinbarung mit dem einzelnen Arbeitnehmer sein können» (NIKISCH, S. 253).

Hindernis der Vielfältigkeit des Arbeitslebens und damit der rechtlichen Arbeitsbedingungen. Vor allem die Betriebsgrösse beeinflusst, wie oben erläutert, die Notwendigkeit u.a. der Eingliederung in die arbeitsteilige Organisation in entscheidender Weise.

Daraus geht hervor, dass jedes der im folgenden zu betrachtenden Gestaltungsmittel für seinen eigenen, bestimmten Bereich geeignet sein wird^{2 a}. Diese Bereiche gilt es nun festzustellen.

3.2. Alternativen

Allgemeine Arbeitsbedingungen stellen nicht die einzige Möglichkeit dar, die Arbeitsverhältnisse eines Betriebes *einheitlich*³ zu regeln. Ihre Verbreitung in der Vertragswirklichkeit (vgl. Teil 1) lässt aber keine Zweifel an ihrer gegenwärtigen praktischen Bedeutung zu. Unter AAB soll dabei die *einzelvertragliche Einheitsregelung* verstanden werden, d.h. das Vertragsschema (in Gestalt von Formularen und Reglementen), das einheitlich dem Einzelvertragsabschluss zugrundegelegt wird.

Im weiteren soll, entsprechend den in der Vertragswirklichkeit überwiegend vorgefundenen tatsächlichen Verhältnissen, vorerst davon ausgegangen werden, dass die AAB *einseitig* vom Arbeitgeber aufgestellt wurden. Dieser Form von AAB sind nun die möglichen Alternativen gegenüberzustellen. Bei diesen Alternativen handelt es sich allerdings um rechtliche Gestaltungsmittel, die sich nicht in jeder Beziehung vergleichen lassen. Sie haben aber gemeinsam, dass sie - rein instrumental - dazu geeignet sind, die betrieblichen Arbeitsverhältnisse ganz oder teilweise einheitlich zu regeln.

32.1. Inhaltsleerer Vertrag

32.11. Charakterisierung

Inhaltsleer ist ein Vertrag dann, wenn er nur «rudimentär geformt»⁴ ist, indem nur der Geschäftskern oder sogar nicht einmal dieser in jeder Hinsicht bestimmt ist. So ist denkbar, dass nur der Eintrittstermin und möglicherweise eine Probezeit vereinbart werden⁵. Das Gesetz lässt dies zu; es gewährt

- 2a Bei diesen Gestaltungsmitteln handelt es sich nicht um Rechtsinstitute, sondern um Möglichkeiten *tatsächlichen* Verhaltens, an das allerdings die Rechtsordnung mehr oder weniger umfangreiche Folgen knüpft. Die Beurteilung ihrer Eignung für eine sinnvolle Gestaltung der Arbeitsverhältnisse ist damit eine Schlussfolgerung rechtspolitischer Art.
- 3 Die Einheitlichkeit kann sich auf den ganzen Betrieb oder nur auf eine Teilgruppe beziehen.
- 4 SCHÖNENBERGER/JÄGGI, N. 430 zu Art. 1 OR.
- 5 SÖLLNER, Einseitige Leistungsbestimmung, S. 11.

Formfreiheit⁶ und stellt die geringstmöglichen Anforderungen an die Bestimmtheit bzw. Bestimmbarkeit der Hauptleistungen⁷. Der Arbeitsvertrag «gilt auch dann als abgeschlossen, wenn der Arbeitgeber Arbeit in seinem Dienst auf Zeit entgegennimmt, deren Leistung nach den Umständen nur gegen Lohn zu erwarten ist»⁸. Diese vom Gesetz aufgestellte unwiderlegbare Vermutung für das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses unter bestimmten Voraussetzungen bezweckt zweifellos den Schutz der Arbeitnehmerinteressen⁹. Nur bei Annahme eines Arbeitsverhältnisses können nämlich die Normen über Persönlichkeitsschutz, Fürsorgepflicht usw. zur Anwendung kommen. Sozusagen als Nebenwirkung führt diese Bestimmung nun aber dazu, dass selbst bei rudimentärster Form der Vereinbarung ein Arbeitsvertragsverhältnis gültig zustandekommt.

Nach HINDERMANN/STREIFF besteht gar kein Bedürfnis nach detaillierterer vertraglicher Regelung. Infolge der ausführlichen gesetzlichen Regelung (Vertragsrecht, Sozialversicherungs- und Arbeitsschutzrecht) verbleibe für die Parteivereinbarung nur ein beschränkter Spielraum¹⁰. So verzichteten sie darauf, in ihre Formularsammlung schuldrechtlicher Verträge ein Muster für den Hauptfall des Arbeitsvertrages aufzunehmen – einzig bei leitenden Angestellten¹¹ sowie Handelsreisenden¹² erachteten sie ein entsprechendes Bedürfnis als gegeben.

Die Vertragswirklichkeit zeigt aber meines Erachtens ein anderes Bild. Die durchgeführte Untersuchung lässt darauf schliessen, dass rund *zwei Drittel* der Arbeitgeber in Industrie und Gewerbe für den Vertragsabschluss mit ihren Arbeitnehmern Formulare und (oder) Reglemente verwenden. Bei rund einem Viertel wird ein individuelles Anstellungsschreiben (unterschiedlicher Ausführlichkeit) erstellt; nur bei knapp 10% der Betriebe begnügen sich die Vertragsparteien mit mündlicher Vereinbarung¹³. Auffällig ist dabei die Korrelation zwischen Unternehmensgrösse und Vertragsform, indem mündliche Vertragsabschlüsse fast ausschliesslich bei Klein- und Mittelbetrieben vorkommen¹⁴.

Nun kommen zwar auch Formularverträge in rudimentärer Form vor¹⁵, sie stellen aber nicht den typischen Fall des Formularvertrags dar und

6 Art. 320 Abs. 1 OR.

7 Gemäss Art. 322 Abs. 1 OR ist der *übliche* Lohn geschuldet, wenn nichts vereinbart oder durch Gesamtarbeitsvertrag bestimmt ist.

8 Art. 320 Abs. 2 OR.

9 SCHWEINGRUBER, Kommentar zum Arbeitsvertrag des Schweizerischen Obligationenrechts, Zürich 1976, N. 5 zu Art. 320 OR.

10 HINDERMANN/STREIFF, Leitfaden zum Abschluss von Verträgen, 6. A. Glattbrugg/Zürich 1974, S. 153 f.

11 Ebd. S. 154 ff.: «Vorlage für einen Anstellungsvertrag mit einem Arbeitnehmer in verantwortlicher Stellung.»

12 Ebd., S. 161 ff.

13 Dazu im einzelnen: vorn I. Teil 4.2.

14 Ebd. und hinten, 32.13.

15 Vorn 12.22.

regeln doch allermeist wenigstens den Vertragskern und die wichtigsten Nebenpflichten der Parteien. Die typische Form des inhaltsleeren Vertrags ist damit in der *mündlichen* Vereinbarung zu sehen.

Solche inhaltsleeren Verträge haben die Besonderheit, die vertraglichen Rechte und Pflichten nur sehr allgemein festzulegen. Statt konkreter Pflichten besteht nur ein *Pflichtenrahmen*, so für die Hauptpflicht des Arbeitnehmers: Vor der Konkretisierung der Arbeitspflicht unter anderem durch spätere Weisungen des Arbeitgebers «ist zweifelhaft, ob man überhaupt von einer Pflicht sprechen kann, da deren Begriff doch wohl eine gewisse inhaltliche Bestimmtheit voraussetzt»¹⁶. In ihrer inhaltlichen Unbestimmtheit ist diese Vertragsform nun den Allgemeinen Arbeitsbedingungen gegenüberzustellen, die als vorbereitete Vertragsordnung doch mindestens die wichtigsten Vertragspunkte mit einer gewissen Ausführlichkeit regeln.

32.12. Vergleich mit AAB

Ein erster Vorteil des inhaltsleeren Vertrages ist evident: Bei seiner Verwendung besteht *keinerlei Gefahr*, dass mittels *rechtsgeschäftlicher Normen* das dispositive Gesetzesrecht einseitig zu Lasten des Arbeitnehmers ausgeschaltet wird.

Vorteile hat der inhaltsleere Vertrag aber auch für den Arbeitgeber. Er ermöglicht grösste *Flexibilität* für die zukünftige Gestaltung des Arbeitsverhältnisses und damit grösstmögliche Anpassungsfähigkeit an sich ändernde betriebliche Verhältnisse. Die Flexibilität ist dann am grössten, wenn der vertraglich gesetzte Rahmen vollständig durch das Weisungsrecht¹⁷ des Arbeitgebers ausgefüllt wird und keinerlei Mitwirkung des Arbeitnehmers oder seiner Vertretung an der Gestaltung der Arbeitsverhältnisse besteht (zur Betriebsvereinbarung 32.5.).

Ein faktischer, rechtlich unerheblicher Vorteil liegt darin, dass der inhaltsfreie Vertrag keine Kosten verursacht und keine Anforderungen an die Rechtskenntnisse, insbesondere zwingender Normen, stellt¹⁸.

Diesen Vorteilen stehen aber gravierende Nachteile gegenüber. Je weiter der vertragliche Rahmen, je mehr also die vertraglichen Pflichten einer Konkretisierung bedürfen, desto umfangreicher ist die vertragliche *Unterwerfung* des Arbeitnehmers unter die Leitungsmacht der Unternehmung: «Soweit der Arbeitsvertrag keine Regelung enthält und keine gesetzlichen, tarifvertraglichen oder betrieblichen Rechtsnormen eingreifen, hat der Arbeitgeber die

16 ADOMEIT, S. 97.

17 Sogleich 32.2.

18 Diese Kenntnisse sind dann natürlich bei der Ausfüllung des Vertrages vor allem mit Weisungen umso dringender erforderlich!

Befugnis, die Arbeitsbedingungen rechtsgestaltend festzulegen»¹⁹. Der Arbeitnehmer verzichtet damit darauf, das Weisungsrecht des Arbeitgebers wenigstens soweit zu beschränken, als dies auch ohne erhebliche Einbusse an unternehmerischer Dispositionsfreiheit möglich wäre. Jede Klausel in Allgemeinen Arbeitsbedingungen, welche innerhalb des Üblichen die vertraglichen Pflichten beider Parteien konkretisiert, stellt demgegenüber eine Schranke der Unterwerfung des Arbeitnehmers unter die Weisungsbefugnis des Arbeitgebers dar.²⁰

Der inhaltsleere Vertrag hat aber noch einen weiteren Nachteil für den Arbeitnehmer zur Folge. Auch ausserhalb des Regelungsbereichs des Weisungsrechts gilt das Übliche subsidiär (d.h. beim Fehlen einer vertraglichen Vereinbarung und einer gesamt- oder normalarbeitsvertraglichen Bestimmung) als Umfang der vertraglichen Rechte und Pflichten (so z.B. bei der Lohnhöhe, Art. 322 Abs. 1 OR; bei der Berechnung der Überstundenarbeit, Art. 321c; usw.). In all diesen Fällen kann es für den Arbeitnehmer ausgesprochen schwierig sein, seine Ansprüche überhaupt zu bestimmen und noch viel schwieriger, sie auch durchzusetzen. Die *Ungewissheit* über den tatsächlichen Inhalt des (ausgefüllten) Vertrags umfasst somit nicht nur die Ungewissheit über die Ausübung des Weisungsrechts durch den Arbeitgeber.

32.13. Anwendungsbereich

Die Vorteile der Flexibilität und der Respektierung des dispositiven Rechts sollten meines Erachtens nicht unterschätzt werden. Der inhaltsleere Vertrag ist aber nur soweit sinnvoll, als der Nachteil der Ungewissheit über die Vertragspflichten nicht allzu stark ins Gewicht fällt. Dies ist erwartungsgemäss dann gegeben, wenn die Vertragsparteien den voraussichtlichen Inhalt des Vertrages abschätzen können; das heisst vor allem, dass die *Arbeitsbedingungen* für den Arbeitnehmer *transparent* sein müssen.

Diese Transparenz kann darin bestehen, dass der Stellensuchende bereits beschäftigte Arbeitnehmer persönlich kennt oder z.B. als Kunde Einblick in die tatsächlichen Arbeitsbedingungen erhält. Dabei muss natürlich vorausgesetzt werden können, dass eine wesentliche Verschlechterung der Rechtsposition der Arbeitnehmer nicht zu erwarten ist.

Ob diese Voraussetzungen gegeben sind, muss wohl oder übel im Einzelfall festgestellt werden. Generelle Annahmen können meines Erachtens kaum über Vermutungen hinausreichen. Daran ändert die Tatsache nichts, dass zwischen Betriebsgrösse und Verbreitung mündlich abgeschlossener Verträge

¹⁹ SÖLLNER, Einseitige Leistungsbestimmung, S. 45.

²⁰ Dazu sogleich 32.2.

eine deutliche Korrelation festzustellen ist²¹. Für diese Zusammenhänge sind vielfältige Ursachen denkbar. Nicht zuletzt der geringe Aufwand für den Vertragsabschluss dürfte viele Kleinbetriebe dazu führen, den Vertragsinhalt nicht im einzelnen festzulegen. Vor allem aber kann allein die Überzeugung der Beteiligten (Arbeitgeber!), der inhaltsleere Vertrag stelle im gegebenen Fall die angemessene Lösung dar, für eine ausgewogene Betrachtung nicht entscheidend sein.

Der inhaltsleere Vertrag ist jedenfalls dort nicht sinnvoll, wo das Aushandeln individueller Vereinbarungen ohne Gefährdung der Eingliederung (des Arbeitnehmers in die arbeitsteilige Organisation) möglich ist. Diese Fälle dürften aber die Ausnahme darstellen. Für die weit überwiegende Anzahl der Arbeitsverhältnisse muss ZÖLLNER's Befund gelten, dass «die Zurückdrängung des individuell ausgehandelten Einzelvertrages durch Instrumente, die in der Wirkung kollektiv sind, ein sachlich notwendiger Prozess ist...»²². Der inhaltsleere Vertrag ermöglicht jedenfalls die Anwendung von Instrumenten, die in der Wirkung kollektiv sind. An erster Stelle steht dabei die Weisung des Arbeitgebers.

32.2. *Generelle Weisung*

32.21. *Charakteristik*

Das Weisungsrecht ergibt sich aus dem «Wesen» des abhängigen Arbeitsverhältnisses²³. Die darauf beruhenden Anordnungen stellen das Hauptmittel zur Ausfüllung des vertraglichen Rahmens dar und damit zur Ausübung der Regelungsbefugnis des Arbeitgebers²⁴. Als Alternative zur vertraglichen Einheitsregelung eignet sich indessen nur ein Teil der dem Arbeitgeber gesetzlich (Art. 321d OR) eingeräumten Befugnisse, nämlich die «*allgemeinen Anordnungen*» (im Gegensatz zu den «*besonderen Weisungen*»). Nur sie haben die zur innerbetrieblichen Regelung notwendige *normenähnliche Wirkung*. MEYER-CORDING reiht die generelle Weisung folgerichtig unter die «Normen für das Arbeitsverhältnis» ein zusammen mit gesetzlichen Regeln, Tarifnormen, Betriebs- und Arbeitsordnungen, Allgemeinen Arbeitsbedingungen und betrieblicher Übung²⁵.

21 Mündliche Verträge werden fast ausschliesslich in Kleinbetrieben abgeschlossen. Für Mittelbetriebe stellen sie die Ausnahme dar (1 Fall von 69 ausgesuchten mittelgrossen Betrieben); bei Grossbetrieben fand sich kein einziger Fall (dazu vorn I. Teil).

22 ZÖLLNER, Privatautonomie, S. 231.

23 HUECK/NIPPERDEY, S. 158.

24 Zur Notwendigkeit der Regelungsunterwerfung: vorn 21.3.

25 MEYER-CORDING, S. 87 f.

32.21.1. Rechtsnatur

Die rechtsdogmatische Bewältigung der (notwendigen) Weisungsbefugnis des Arbeitgebers führte vor allem in Deutschland zu ausgedehnten Auseinandersetzungen. SÖLLNER qualifiziert die Regelungsbefugnisse des Arbeitgebers, und zwar die Befugnis zu allen Formen der «einseitigen Leistungsbestimmungen», als *Gestaltungsrechte*²⁶. Diese auf BÖTTICHER²⁷ zurückgehende Konzeption findet ADOMEIT wenig glücklich, da durch die Unwiederholbarkeit und Unwiderruflichkeit der Gestaltungserklärung Schwierigkeiten entstanden, die nur durch die «gekünstelte Annahme» eines «Mutter-Gestaltungsrechts» überwunden werden könnten²⁸. Zudem wurde von BUCHER gegen die Gestaltungsrechts-Lehre angeführt, ein Gestaltungsrecht liege nur vor, «wenn jemand durch einseitiges Rechtsgeschäft eine Veränderung im Bestand subjektiver Rechte herbeiführen kann»²⁹. Daniel MEYER hat daraus den Schluss gezogen, ein Gestaltungsrecht sei vertraglich nur dann eingeräumt, «wenn rechtsgeschäftlich die Macht verliehen worden ist, subjektive Rechte zu begründen oder ihren Bestand inhaltlich zu ändern»³⁰. Daraus folge, dass die Befugnis des Arbeitgebers, den Inhalt des Vertrages näher zu bestimmen, als Normsetzungsbefugnis (im Sinne BUCHER's) zu betrachten sei; also als Befugnis des Trägers eines subjektiven Rechtes, durch eine rechtsausübende Willensäußerung die dem subjektiven Recht gegenüberstehende potentielle Pflicht des Schuldners zu einer aktuellen Pflicht zu machen³¹. Nach SIEBERT³² ist überhaupt zweifelhaft, ob die Arbeitgeberweisung «ein echtes Gestaltungsmittel ist, weil der Arbeitgeber durch sie nur eine im Arbeitsverhältnis bereits enthaltene Befugnis ausübt»³³.

Mit MEYER ist festzustellen, dass die Kontroverse über die Rechtsnatur der Weisung für das schweizerische Recht insofern keine Bedeutung hat, als mit Art. 321d eine genügende gesetzliche Grundlage für das Weisungsrecht besteht im Gegensatz etwa zum deutschen oder österreichischen Recht³⁴. Allerdings betrifft die Kontroverse meines Erachtens nicht nur die Rechtsgrundlage,

26 SÖLLNER, S. 25 ff.

27 BÖTTICHER, *Gestaltungsrecht und Unterwerfung im Privatrecht*, Berlin 1964.

28 ADOMEIT, S. 102.

29 BUCHER, *Subjektives Recht*, S. 92.

30 Daniel MEYER, S. 214. Der Arbeitgeber habe folglich dann ein Gestaltungsrecht, «wenn er durch Willenserklärung subjektive Rechte «gestalten» kann; er hat dann kein Gestaltungsrecht, wenn er «bloss» die subjektiven Rechte aus dem Arbeitsverhältnis ausüben kann.»

31 Ebd., S. 214.

32 SIEBERT, *Kollektivnorm und Individualrecht im Arbeitsverhältnis*, in: FS Nipperdey 1955, München/Berlin 1955, S. 119–145 (120 FN 2).

33 Siehe auch ADOMEIT, S. 101 FN 329.

34 D. MEYER, S. 216.

sondern insbesondere die *Schranken* des Weisungsrechts. Nach SÖLLNER ermöglicht z.B. die Qualifizierung der Regelungsbefugnisse des Arbeitgebers als Normsetzungsbefugnisse keine privatrechtliche Kontrolle der Gestaltungsmacht des Arbeitgebers: «Der Träger eines subjektiven Rechts kann seine «Normsetzungsbefugnis» nach freiem Belieben und persönlicher Willkür wahrnehmen. Er kann sie «unverantwortlich» ausüben»³⁵.

Gerade für die Frage der Schranken des Weisungsrechts ist nun aber dessen gesetzliche Regelung im schweizerischen Recht (OR 321d) von grösster Bedeutung. Zu überprüfen ist dabei vor allem die Aussicht MEYER's, wonach «die Norm OR 321d überflüssig, «deklaratorisch» ist»³⁶.

32.21.2. *Schranken*

Vorerst wird das Weisungsrecht im deutschen wie im schweizerischen Recht durch die übrigen Gestaltungsfaktoren des Arbeitsverhältnisses beschränkt³⁷. «Das Weisungsrecht des Arbeitgebers stellt den rechtlich schwächsten Gestaltungsfaktor dar»³⁸. Daraus folgt, dass der Spielraum des Arbeitgebers für Anordnungen umso kleiner ist, je genauer die Pflichten des Arbeitnehmers durch die übrigen Gestaltungsfaktoren bestimmt sind³⁹. Daraus folgt aber auch, dass mit Anordnungen der Umfang der Vertragspflichten nicht verändert werden kann. Ausser diesen, durch die übrigen Gestaltungsfaktoren des Arbeitsverhältnisses gebildeten Grenzen des Weisungsrechts sind nun die gesetzlichen Schranken von Bedeutung.

Nach schweizerischem Recht verpflichtet der Grundsatz von Treu und Glauben (Art. 2 ZGB, Art. 321d Abs. 2 OR) zu schonender Rechtsausübung⁴⁰, verbietet widersprüchliches Verhalten des Weisungsberechtigten⁴¹ und setzt dem Weisungsrecht insbesondere durch die Grenzen der Zumutbarkeit eine Schranke. Diese Grenzen der *Zumutbarkeit* werden einerseits durch die Verkehrssitte bestimmt⁴², anderseits durch «subjektive Gegebenheiten beim Arbeitnehmer»⁴³. Eine solche Berücksichtigung der Verhältnisse im Einzelfall

35 SÖLLNER, S. 24 f. mit Hinweis auf BUCHER, S. 70 ff.

36 D. MEYER, S. 215.

37 «Das Direktionsrecht gilt nur, soweit nicht durch Gesetz, mag es zwingend oder nachgiebig sein, Tarifvertrag, Betriebsvereinbarung oder Einzelvertrag die näheren Einzelheiten der Arbeitsleistung festgelegt sind». (HUECK/NIPPERDEY, Arbeitsrecht, Bd. I, 3 A, S. 158). Zu den Schranken des Weisungsrechts nach schweizerischem Recht: STAMM, S. 51 ff.

38 ZÖLLNER, Arbeitsrecht, S. 54.

39 Ebd.

40 STAMM, S. 53.

41 «Grundsatz des vorangegangenen Tuns, *venire contra factum proprium*» (ebd.).

42 Ebd., S. 55.

43 Ebd.

bedeutet nichts anderes als die Abstützung der Zumutbarkeitsgrenzen (als Schranke des Weisungsrechts) auf den Persönlichkeitsschutz (Art. 328 Abs. 1 OR): «Diese Grenze der *Zumutbarkeit* ist . . . in OR 328 speziell umschrieben, der Arbeitgeber hat ja den dort verlangten Persönlichkeitsschutz vor allem im Bereich der einseitigen Anordnungen zu verwirklichen, indem er bestimmte Anordnungen unterlässt, die die Persönlichkeit der Arbeitnehmer missachten oder verletzen könnten»⁴⁴.

Diese gesetzlichen Schranken des Weisungsrechts, insbesondere die ausdrückliche Erwähnung von Treu und Glauben, sind nun meines Erachtens von grösster Bedeutung – entgegen MEYER, welcher Art. 321d als überflüssig erachtet. Wohl würde «kaum jemand ernstlich behaupten wollen, dass ohne diese Erwähnung Treu und Glauben in diesem Bereich nicht zur Anwendung gekommen wäre»⁴⁵. Doch lässt sich meines Erachtens durchaus die Ansicht vertreten, dass durch diese Formulierung von Art. 321d das Weisungsrecht *nur* im Umfang der Grundsätze von Treu und Glauben beschränkt wird und weitergehende Schranken jedenfalls aus Art. 321d nicht abzuleiten sind. Dieser Schluss *e contrario* wird deutlich im Zusammenhang mit der Forderung nach einer Billigkeitskontrolle, wie sie in der deutschen Lehre gestellt wird: «Die Vorschrift des § 315 Abs. 1 BGB, wonach die einseitige Leistungsbestimmung nach billigem Ermessen zu treffen ist, bewirkt eine rechtliche Bindung der Rechtsgestaltungsmacht⁴⁶ des Arbeitgebers in einem über die allgemeinen Vorschriften, die die Ausübung subjektiver Rechte beschränken (§§ 134, 226, 242, 826 BGB), hinausgehenden Masse»⁴⁷.

Gerade eine solche Bindung ist nun meines Erachtens durch die ausdrückliche Erwähnung von Treu und Glauben als Schranke des Weisungsrechts ausgeschlossen. Art. 321d OR legt als Massstab ausdrücklich die Norm fest, welche *allgemein* die Ausübung subjektiver Rechte beschränkt, nämlich Treu und Glauben. Mag eine weitergehende Billigkeitskontrolle noch so erwünscht sein: für Weisungen ist sie meines Erachtens nach schweizerischem Recht ausgeschlossen.

32.22. *Vergleich mit AAB*

Generelle Weisungen und AAB haben die gleiche Funktion. Gleichermassen sind sie Mittel zur einseitigen Leistungsbestimmung. Dies muss dazu führen, dass AAB und generelle Weisungen in mancher Hinsicht rechtlich gleich

44 D. MEYER, S. 235.

45 Ebd., S. 216.

46 Damit ist u.a. auch das Weisungsrecht gemeint; SÖLLNER, Einseitige Leistungsbestimmung, S. 30 ff. Zur Billigkeitskontrolle von Weisungen ebd., S. 32.

47 Ebd., S. 25.

zu behandeln sind. So fordert STAMM für beide Gestaltungsmittel in gleichem Mass die Beschränkung durch Art. 27 ZGB⁴⁸: Es nütze nicht viel, «wenn gewisse Autoren bestimmte Weisungen wegen zu grosser Allgemeinheit und also zu weitgehender Beschränkung der persönlichen Freiheit für unzulässig erklären und für die vertragliche Regelung plädieren, wenn diese doch wieder mittels «integrierter Reglemente» – de facto einseitig – vorgenommen wird»⁴⁹. Für SÖLLNER besteht der entscheidende Unterschied darin, dass bei AAB die Unterwerfung des Arbeitnehmers der Leistungsbestimmung *nachfolge*⁵⁰, während bei der Leistungsbestimmung durch Anordnungen die vertragliche Unterwerfung *vorausgeht*⁵¹. Dieser tatsächliche Unterschied ist für SÖLLNER aber rechtlich nicht erheblich: «Es kann für die rechtliche Beurteilung keinen Unterschied bedeuten, ob der Arbeitgeber den Arbeitsvertrag «inhaltsleer» abschliesst und dann im Wege der Leistungsbestimmung den Arbeitsvertrag ausfüllt oder ob er Arbeitsbedingungen bereits vorher festgelegt hat und dem Bewerber nur die Wahl bleibt, diese zu akzeptieren oder auf den Abschluss des Vertrages zu verzichten»⁵². Dieser Ansicht ist meines Erachtens nicht zuzustimmen. Wohl haben AAB bedeutend mehr Ähnlichkeit mit generellen Weisungen als mit ausgehandelten Vertragsbestimmungen. Aber gerade die Tatsache, dass bei AAB die Leistungsbestimmung der Unterwerfung vorausgeht, bedeutet für den Arbeitnehmer einen (möglichen) Vorteil: Es besteht nicht die Ungewissheit und Unberechenbarkeit wie bei generellen Weisungen. Soweit AAB an die Stelle des inhaltsleer abgeschlossenen und mit Weisungen ausgefüllten Vertrages treten, erhöhen sie die *Transparenz* der Arbeitsbedingungen. Diese Transparenz wird nicht dadurch beeinträchtigt, dass AAB als Ganzes akzeptiert zu werden bestimmt sind. Sie wird allenfalls reduziert durch die Verwendung umfangreicher und schwer verständlicher Klauselwerke.

Dazu kommt nun, dass AAB als «integrierte Bestandteile» des Einzelvertrags zuungunsten des Arbeitnehmers nicht so leicht abzuändern sind wie generelle Weisungen: «Da mit dem Mittel des Weisungsrechts eine ständige Leistungsanpassung gewährleistet werden soll, muss ein Widerruf möglich sein, solange dies für den Arbeitnehmer zumutbar ist»⁵³. Demgegenüber gewähren

48 Art. 27 Abs. 2 ZGB verbietet übermässigen Verzicht auf die persönliche Freiheit: «Niemand kann sich seiner Freiheit entäussern oder sich in ihrem Gebrauch in einem das Recht oder die Sittlichkeit verletzenden Grade beschränken.» Nach TUOR/SCHNYDER ist dabei im Einzelfall abzuwägen zwischen der Schwere der Verzichtsleistung, also der Selbstbeschränkung einerseits und dem «Interesse, das die Gegenpartei daran hat», andererseits. (TUOR SCHNYDER, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 9. A., Zürich 1975, S. 80).

49 STAMM, S. 94.

50 Die vorbereitete Vertragsordnung enthält die Leistungsbestimmung.

51 SÖLLNER, S. 55.

52 Ebd., S. 56.

53 STAMM, S. 97.

AAB einen gewissen Bestandesschutz für die Arbeitsbedingungen⁵⁴. Daran ändert wiederum die Tatsache nichts, dass AAB in der Regel nicht ausgehandelt, sondern global akzeptiert werden. Für den Arbeitgeber stellt daher die generelle Weisung zwangsläufig das *flexiblere* Gestaltungsmittel dar.

32.23. Anwendungsbereich

Die Bedeutung genereller Weisungen ist zwar beim inhaltsleeren Vertrag besonders gross, sie ist aber nicht auf diesen beschränkt. Auch bei ausgehandelten Verträgen und solchen mit AAB wird immer ein gewisses Bedürfnis bestehen, die organisatorische Eingliederung des Arbeitnehmers geänderten Verhältnissen anzupassen. Zu diesem Zweck eignet sich die generelle Weisung am besten. Wo ein solches Bedürfnis nach Flexibilität der Unternehmensführung aber nicht besteht, sind AAB der generellen Weisung vorzuziehen. Denn die generelle Weisung gewährt dem Arbeitnehmer kaum einen Bestandesschutz für die Arbeitsbedingungen⁵⁵, und sie ermöglicht in aller Regel keine Transparenz dieser Arbeitsbedingungen beim Vertragsschluss. Diese Vorteile der AAB können aber nichts daran ändern, dass inhaltsleerer Vertrag und generelle Weisung nach schweizerischem Recht zulässig sind und als gesetzliche Schranke einzig der Grundsatz von Treu und Glauben besteht. Es ist den *Vertragsparteien* überlassen, für jede Situation das geeignete Gestaltungsmittel anzuwenden. Dabei steht ausser Zweifel, dass in Zeiten absolut freiwilliger Betriebsverfassung faktisch der Arbeitgeber über die Wahl dieses Mittels entscheidet. Indessen ist meines Erachtens daran zu erinnern, dass der Mensch, abgesehen von seiner Eigenschaft als «Produktionsmittel», einen *Selbstwert* hat⁵⁶. Der Arbeitgeber sollte den Arbeitnehmer nicht mehr als nötig mit einseitigen, beliebig änderbaren Weisungen als Mittel zum Zweck einsetzen. Denn für den *Arbeitnehmer* «kehrt sich die Mittel-Zweck-Beziehung geradezu um: nicht der Mensch ist ein Mittel zur Erreichung unternehmerischer Ziele, sondern die Unternehmung ist ein Mittel zur Erfüllung menschlicher Zwecke⁵⁷.

54 Dieser wird allerdings beeinträchtigt durch die faktische Möglichkeit und rechtliche Zulässigkeit der Änderungskündigung bzw. den Druck zur Annahme einer Änderungsvertrags-Offerte. Immerhin stehen dem Arbeitnehmer wenigstens während der Dauer der Kündigungsfrist die (einheits-)vertraglich eingeräumten Ansprüche zu.

55 Vorn FN 53.

56 H. ULRICH, Die Unternehmung als produktives soziales System, 2. A., Bern 1970, S. 246.

57 Ebd.

32.3. Betriebsübung

32.31. Charakteristik

Nach ZÖLLNER ist unter dem Begriff der Betriebsübung die «regelmässige Wiederholung gleichförmiger Verhaltensweisen im Betrieb» zu verstehen⁵⁸. SÄCKER bezeichnet diese Begriffsbestimmung als wenig ergiebig⁵⁹. Er präzisiert sie dahingehend, dass der Arbeitgeber der Belegschaft (oder Teilen davon) «ohne vorherige vertragliche Vereinbarung regelmässig und vorbehaltlos... günstigere Arbeitsbedingungen gewährt als nach der bislang im Betrieb gehandhabten rechtlichen Regelung»⁶⁰. Als Hauptbeispiel taucht in Lehre und Rechtsprechung immer wieder die Gratifikation auf.

Über die Rechtsfolge dieses Sachverhalts ist man sich einig: Die Betriebsübung soll für die Zukunft anspruchsbegründende Wirkung haben⁶¹. Zu diesem Zweck wird nach neuerer deutscher Lehre nicht eine vertragliche Einigung angenommen; vielmehr betrachtet man die Betriebsübung als eigenständigen rechtlichen Gestaltungsfaktor für die Arbeitsbedingungen⁶². Es handle sich um eine ausserrechtsgeschäftliche Bindung des Arbeitgebers. «die in den Bereich der *Vertrauenshaftung* einzuordnen ist. Sie tritt aufgrund von Treu und Glauben ein, weil ein Vertrauen in die Fortdauer der gleichartigen Handhabung erweckt worden ist»⁶³. Während der vierte Senat des Bundesarbeitsgerichts an der herkömmlichen Vertragstheorie festhält (Entstehung des Anspruchs aufgrund stillschweigender Vereinbarung)⁶⁴, stützen sich der dritte und der fünfte Senat auf den erwähnten von der neueren Lehre vertretenen Grundsatz des Vertrauensschutzes⁶⁵.

In der schweizerischen Lehre wird die Betriebsübung soweit ersichtlich einzig von REHBINDER als eigenständige Rechtsquelle betrachtet⁶⁶. STREIFF, SCHWEINGRUBER und BRÜHWILER behandeln diese Frage nicht grundsätzlich; im Zusammenhang mit der Entstehung eines Anspruches auf Gratifikation (durch mehrmalige vorbehaltlose Gewährung) nehmen aber sie alle eine «stillschweigende Abrede» an, wobei die Annahme einer eigenständigen Rechtsquelle gar

58 ZÖLLNER, Arbeitsrecht, S. 53.

59 SÄCKER, S. 117 Anm. 2.

60 Ebd., S. 117.

61 ZÖLLNER, Arbeitsrecht, S. 53.

62 Ebd. mit Hinweisen insbesondere auf SEITER (Die Betriebsübung) und CANARIS (Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, 1961, S. 387).

63 Ebd.

64 BAG (1. 3. 1972), AP Nr. 11 zu § 242 BGB Betriebliche Übung.

65 Siehe dazu im einzelnen KREUTZ, Die Rechtsprechung des BAG im Jahre 1972, in: ZfA 1973, S. 347 f.

66 Aber auch REHBINDER verzichtet nicht auf das Element der rechtsgeschäftlichen Bindung: Bei der Betriebsübung handle es sich um eine «besondere Form stillschweigender Kollektivvereinbarung»; REHBINDER, Arbeitsrecht, S. 27 f.

nicht in Betracht gezogen wird⁶⁷. Nach VISCHER ist aus den Beratungen des Nationalrates zu Art. 322d OR zu schliessen, dass der Gesetzgeber die Betriebsübung gerade *nicht* als eigenständige Rechtsquelle anerkennen wollte⁶⁸. Die schweizerische Rechtsprechung hat, soweit ersichtlich, zu dieser Frage der Rechtsgrundlage nicht Stellung genommen⁶⁹.

Meines Erachtens liefert weder die Annahme einer (ausservertraglichen) Vertrauenshaftung noch die Anwendung des vertraglichen Vertrauensprinzips an sich eine befriedigende Lösung. Das Dilemma ist nämlich in beiden Fällen das gleiche: Hier wie dort führt das Entstehen von rechtlichen Ansprüchen aus rein faktischen Handlungen zu *Rechtsunsicherheit*. Somit ist mit dem Streit um die Rechtsgrundlage nichts erreicht und auch nichts zu erreichen, solange nicht die eine Lehrmeinung eine bessere Handhabe liefert, die Entstehung des Anspruchs in Voraussetzungen und Umfang zu präzisieren.

MEYER-HAYOZ schreibt dem Vertrauensprinzip zu, es erfülle das Postulat der Verkehrssicherheit⁷⁰. Damit will er aber die Vorzüge des Vertrauensprinzips gegenüber dem Willensprinzip zum Ausdruck bringen⁷¹. Entscheidend ist, dass nur das *berechtigte* Vertrauen geschützt zu werden verdient⁷². Je genauer dieses «berechtigte» Vertrauen abgegrenzt werden kann, desto überzeugender ist meines Erachtens das Vertrauensprinzip.

«Eintritt und Inhalt einer rechtsgeschäftlichen Wirkung bestimmen sich danach, wie eine Person (der «Empfänger») einen wirklichen oder vermeintlichen Erklärungsvorgang nach den Umständen auffassen durfte und musste»⁷³. Der Richter hat damit ein nachträgliches und hypothetisches Urteil zu fällen, und zwar darüber, wie der Empfänger «in guten Treuen», «somit als verständig und redlich Urteilender» den äusseren Tatbestand auffassen durfte und musste⁷⁴. Diese Begriffe lassen für die Rechtssicherheit aber wenig Gutes

67 STREIFF, Kommentar Arbeitsvertrag, N. 4 zu Art. 322d OR; SCHWEINGRUBER, Kommentar Arbeitsvertrag, N. 5 zu Art. 322d OR; BRÜHWILER, Handkommentar zum Einzelarbeitsvertrag, Bern 1978, N. 3 zu Art. 322d OR.

68 «Im Nationalrat unterlag der Antrag, dass die Gratifikation auch geschuldet sei, wenn sie im Betriebe 'üblich' ist. Man befürchtete, durch die Einführung des Begriffs der «Betriebsübung» eine neue Rechtsquelle gesetzlich anzuerkennen. Mit Recht wurde aber betont, dass die stillschweigende Verabredung sich auch aus einer betrieblichen Übung ergeben könne». (VISCHER, Der Arbeitsvertrag, in: Schweizerisches Privatrecht, Bd. VII, 1. Hbd. Basel 1977, S. 281–494 (374), mit Nachweisen.

69 Siehe z.B. Urteil des Obergerichts Aargau (1. Zivilabteilung) vom 31. Oktober 1974, in: AGVE 1974, S. 45.

70 MEYER-HAYOZ, Das Vertrauensprinzip beim Vertragsabschluss; Diss. Zürich 1948, S. 116.

71 Ebd. Auch lässt er keinen Zweifel darüber aufkommen, dass die Sicherheit im Rechtsverkehr mit dem Vertrauensprinzip nicht vollkommen zu erreichen ist; dieses nehme aber gebührend Rücksicht auf einen «einigermassen ungestörten Ablauf des Rechtsverkehrs». (Ebd., S. 120).

72 Ebd., S. 110f.

73 SCHÖNENBERGER/JÄGGI, N. 181 zu Art. 1 OR.

74 Ebd., N. 195 zu Art. 1 OR.

ahnen. Überdeutlich erscheint die Präferenz der Einzelfall-Gerechtigkeit auf Kosten der Rechtssicherheit.

So auch bei der Betriebsübung: Es geht um die Frage, wann ein Verhalten, das nicht notwendig vom rechtsgeschäftlichen Willen getragen ist, dem Handelnden zuzurechnen ist. Zwar gibt es «keinen allgemein durchgeführten Grundsatz der Gebundenheit an das eigene Handeln»⁷⁵. *Ein Verstoß gegen Treu und Glauben* ist bei widersprüchlichem Verhalten (*venire contra factum proprium*) aber zu bejahen, «wenn das frühere Verhalten schutzwürdiges Vertrauen begründet hat»⁷⁶.

Zum Massstab von Treu und Glauben gemäss Art. 2 ZGB kommt man nun so oder so: ob man für die rechtsgeschäftliche Bindung das (unbestrittene) Vertrauensprinzip anwendet oder ob man direkt auf Art. 2 ZGB gestützt eine Vertrauenshaftung postuliert. Im Effekt bleibt es somit der Rechtsprechung überlassen, die Voraussetzungen für die Entstehung schutzwürdigen Vertrauens festzulegen. Das deutsche Reichsarbeitsgericht entschied im Jahre 1929, eine Gratifikation, die «eine Reihe von Jahren hindurch regelmässig ohne weiteres und vorbehaltlos ausgezahlt» worden sei, verliere den Charakter einer freiwilligen Leistung: Der Arbeitnehmer «wird sie als einen Teil seines vertragsmässigen Gehaltes ansehen, mit ihr rechnen und seine Lebenshaltung danach einrichten»⁷⁷. Dabei kann natürlich keine Rede davon sein, dass im Einzelfall untersucht wird, ob der Arbeitnehmer *tatsächlich* seine Lebenshaltung nach der zukünftigen Gratifikation eingerichtet hat. Vielmehr geht es um eine objektivierte Annahme des Richters, und zwar um das Werturteil, ob der vernünftig handelnde Arbeitnehmer mit der Gratifikation für die Zukunft rechnen *durfte*.

Diese Wertung hat der schweizerische Gesetzgeber für die Gratifikation bewusst nicht selbst getroffen⁷⁸. Die Rechtsprechung ihrerseits ist nicht genügend umfangreich, um eine zuverlässige Regelbildung über die Entstehung des Anspruchs zu ermöglichen. Grenzfälle kamen, soweit ersichtlich, nicht zur Entscheidung⁷⁹.

32.32. Vergleich mit AAB

Wie die generelle Weisung ist die Betriebsübung ein Mittel zur Gestaltung des Arbeitsverhältnisses während dessen ganzer Dauer, also nach

⁷⁵ MERZ, Berner Kommentar, N. 401 zu Art. 2 ZGB.

⁷⁶ Ebd., N. 402.

⁷⁷ RAG 15. 6. 1969, ARS 6, 204.

⁷⁸ Vorn FN 68.

⁷⁹ Dass bei *zehn*jähriger vorbehaltloser Gewährung (Gewerbliches Schiedsgericht Basel-Stadt, Vergleich vom 2. 11. 1972, in: BJM 1973, S. 278f.) der Anspruch auf Gratifikationszahlung entsteht, dürfte ausserhalb jedes Zweifels liegen.

dem Vertragsabschluss. Insofern kann man hier anders als beim inhaltsleeren Vertrag nicht von einer eigentlichen Alternative zur vertraglichen Einheitsregelung (beim Vertragsabschluss) sprechen. Die Betriebsübung hat vielmehr ergänzenden Charakter, indem gewisse Rechtsfolgen an tatsächliches Verhalten geknüpft werden, wenn eine vertragliche Regelungslücke besteht.

Die Schwäche der Gestaltung der Arbeitsbedingungen durch Betriebsübung liegt auf der Hand: es ist die *Ungewissheit* über das Bestehen und den Umfang der Ansprüche. Die Ursache liegt darin, dass eine aktive Gestaltung gar nicht vorliegt. Vielmehr «gestaltet» der Arbeitgeber die Arbeitsbedingungen durch *Unterlassung*: Er macht weder einen Freiwilligkeitsvorbehalt noch eine Zusage (zur Zusage sogleich 32.4.). Dieses Verhalten ist in keiner Weise sinnvoll: Es bietet weder die Flexibilität einer freiwilligen Leistung noch das Argument garantiert vorteilhafter Arbeitsbedingungen gegenüber Stellensuchenden. Mit Betriebsübungen gibt der Arbeitgeber die Arbeitsbedingungen gerüchteweise kund und verschlechtert unnötig seine Position auf dem Stellenmarkt.

Demgegenüber sind Allgemeine Arbeitsbedingungen geeignet, solche Ungewissheiten nicht entstehen zu lassen. Genügend deutlich formuliert verhindern sie in ausgeprägter Weise das Prozessrisiko⁸⁰.

32.4. Gesamtzusage

32.41. Charakteristik

Unter dem Begriff «Gesamtzusage» versteht die (deutsche) Rechtsprechung und Lehre «das in geeigneter Weise im Betrieb (...) bekanntgegebene Versprechen des Arbeitgebers, der Belegschaft (...) *günstigere* Arbeitsbedingungen zu gewähren als nach der bislang im Betrieb gehandhabten rechtlichen Regelung»⁸¹. Es handle sich «um eine Willenserklärung des Arbeitgebers, durch die dieser sich verpflichtet, seinen Arbeitnehmer nach Massgabe der aufgestellten Ordnung die vorgesehenen Leistungen zu gewähren»⁸².

Als in «geeigneter» Weise bekanntgegeben gilt eine solche Zusage nach herrschender deutscher Lehre dann, wenn sie in Form z.B. eines Anschlages am schwarzen Brett, durch «Auslegung an zentraler Stelle, Publikation in der Werkszeitung, Umlauf einer schriftlichen Mitteilung oder Verteilung hektografierter Zettel»⁸³, nach Ansicht ZÖLLNER's aber auch mündlich⁸⁴ den Arbeitnehmern zugegangen ist.

80 Vorn 13.3.

81 SÄCKER, S. 117.

82 Entscheid des BAG vom 12. 3. 1963 (AP Nr. 90 zu § 242 BGB Ruhegehalt).

83 SÄCKER, S. 117 m. Nachweisen.

84 ZÖLLNER, Arbeitsrecht, S. 53.

Für die dogmatische Konstruktion ergeben sich ähnliche Probleme wie bei der Betriebsübung. Nach heute in Deutschland verbreiteter, wenn auch nicht herrschender Ansicht genügt die einseitige Zusage des Arbeitgebers zur Entstehung eines Anspruchs⁸⁵, während u.a. ZÖLLNER nach wie vor an der Konstruktion eines Konsenses festhält: «Die sogenannte Gesamtzusage stellt rechtlich keinen eigenständigen Gestaltungsfaktor dar, sondern gehört in den Bereich der einzelvertraglichen Vereinbarung . . . Solche Zusagen sind, entgegen der Meinung des BAG, nicht schon deswegen für den Arbeitgeber bindend, weil er sie einseitig aufgestellt hat . . . »⁸⁶.

In der Schweiz findet sich wohl schon deshalb nirgends die Argumentation des BAG, weil hier der reale Sachverhalt der Zusage als Besonderheit (soweit ersichtlich) bisher nicht zur Kenntnis genommen worden ist. Tatsächlich anerkennt auch SÄCKER, dass eine klare Abgrenzung zwischen Gesamtzusage und arbeitsvertraglicher Einheitsregelung eigentlich nicht möglich sei⁸⁷. Beide Sachverhalte seien gekennzeichnet durch «das Moment der Normativität im Sinne einer abstrakt-generellen Gerechtigkeit der betreffenden Arbeitsbedingungen» sowie «durch das Moment einseitiger Eigennützigkeit bei der Feststellung der Arbeitsbedingungen, das sich in der fehlenden Einflussnahme der Arbeitnehmer auf den Inhalt . . . manifestiert»⁸⁸. Mit diesem Merkmal der einseitigen Eigennützigkeit steht allerdings eine weitere, von SÄCKER verlangte Eigenschaft der Zusage in etwas seltsamem Kontrast, nämlich die (angeblich zwingend vorauszusetzende) «wirtschaftliche Besserstellung der betroffenen Arbeitnehmer gegenüber der bisher für sie geltenden rechtlichen Regelung»⁸⁹.

Meines Erachtens verläuft die entscheidende Grenze nicht zwischen Gesamtzusage und vertraglicher Einheitsregelung jeder Art, sondern zwischen der beim *Abschluss des Vertrages* verwendeten Einheitsregelung einerseits und allen späteren Regelungen andererseits⁹⁰. Für diese späteren Regelungen sind wiederum vielfältige Gestaltungsformen denkbar; eine von ihnen ist die Zusage, eine andere ist die Massenofferte zur Abänderung des (Einheits-)Vertrags

85 Diese Betrachtungsweise geht zurück auf HILGER, Das betriebliche Ruhesgeld, Heidelberg 1959, S. 38 ff., 51 ff. Das BAG schloss sich nur zögernd und nach mehrmaligem Schwanken dieser Ansicht an, vgl. u.a. die Urteile vom 12. 7. 1968, AP Nr. 128 zu § 242 BGB Ruhegehalt und vom 17. 5. 1966, AP Nr. 110 zu § 242 BGB Ruhegehalt.

86 ZÖLLNER, Arbeitsrecht, S. 53. Zöllner verlangt eine «mindestens stillschweigende Annahme der Zusage durch die Arbeitnehmer» (ebd.).

87 SÄCKER, S. 126.

88 Ebd. S. 124.

89 Ebd.

90 Der Verzicht SÄCKER's auf die gesonderte Behandlung der *Einheitsregelung beim Abschluss des Vertrages* stellt meines Erachtens eine entscheidende Schwäche seiner Ausführungen dar.

allenfalls auch zu Ungunsten der Arbeitnehmer. Mit BECKER ist nämlich festzuhalten, dass eine gegenüber den bereits beschäftigten Arbeitnehmern abgegebene Zusage – im Unterschied zur vertraglichen Einheitsregelung für Neueintretende – «funktional die Bedeutung einer Betriebsvereinbarung»⁹¹ hat.

32.42. Vergleich mit anderen Gestaltungsmitteln

Gegenüber der *Betriebsübung* hat die Zusage zweifellos den Vorteil grösserer Rechtssicherheit. In beiden Fällen wird gleichermassen ein Vertrauen begründet, sei es in die betriebsübliche Gratifikation oder in die zugesagte Altersvorsorge⁹². Die ausdrückliche Zusage macht einen Anspruch sowohl in seinem Umfang als auch in seinem Bestehen für den Arbeitnehmer in vielen Fällen wohl überhaupt erst greifbar.

Die äussere Ähnlichkeit⁹³ der Zusage mit der *Einheitsregelung bei Vertragsabschluss* darf meines Erachtens nicht über die Verschiedenheit ihrer Funktionen hinwegtäuschen. Die vorbereitete Vertragsordnung dient dem Zustandekommen des Arbeitsverhältnisses, währenddem Zusagen der Verbesserung bestehender Arbeitsverhältnisse dienen. Zusagen haben damit, wie oben erwähnt, die gleiche Funktion wie die nun zu betrachtende Betriebsvereinbarung.

32.5. Betriebsvereinbarung

32.51. Charakteristik und rechtliche Regelung

Die Betriebsvereinbarung ist ein Mittel *innerbetrieblicher Rechtssetzung*. Im Gegensatz zu den bisher erwähnten Gestaltungsmitteln der Arbeitsbedingungen beruht sie nicht auf einzelvertraglicher Vereinbarung. Wie der Gesamtarbeitsvertrag stellt sie vielmehr eine Form der *Gesamtvereinbarung* dar⁹⁴. Vom Gesamtarbeitsvertrag unterscheidet sie sich insofern, als sie nicht zwischen Verbänden, sondern zwischen dem Betriebsinhaber und der Betriebskommission abgeschlossen wird⁹⁵ (innerbetriebliches Element). Ein Mittel der Rechtssetzung ist sie, indem sie (wie vorn für die Betriebsordnung festgestellt⁹⁶) Normen objektiven Rechts enthält.

91 BECKER, NJW 1973, S. 1915.

92 Zum «enttäuschten Vertrauen» in die Altersvorsorge s. auch HILGER, Aus der neueren Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zur betrieblichen Altersversorgung, in: BB 1970 S. 813 (814).

93 Vgl. die von SÄCKER erwähnte «Normativität im Sinne einer abstrakt-generellen Gerechtigkeit» (Gruppenautonomie, S. 124), aber auch die Merkmale «Individualität des Ursprungs» und «Kollektivität der Wirkung» (ebd., S. 37).

94 REHBINDER, Arbeitsrecht, S. 154.

95 Ebd.

96 Vorn 21.42.

Sofort erhebt sich natürlich die Frage nach der Rechtsgrundlage, da ja einzelvertraglicher Konsens und gesamtarbeitsvertragliche Grundlage nicht in Frage kommen. Zweifellos kann nur das Gesetz den Parteien der Betriebsvereinbarung die Befugnis erteilen, innerbetriebliche (objektive) Rechtsnormen aufzustellen, die für alle Arbeitnehmer des Betriebes Geltung haben⁹⁷.

Diese gesetzliche Grundlage findet sich in den Art. 37 und 38 des Arbeitsgesetzes (Bestimmungen über die «vereinbarte» Betriebsordnung). Die dadurch geschaffene Befugnis zur innerbetrieblichen Rechtsetzung ist aber inhaltlich beschränkt. Zwar geht sie weiter als diejenige der einseitig durch den Arbeitgeber erlassenen Betriebsordnung⁹⁸. Sie findet aber ihre Grenze am Regelungsbereich der überbetrieblichen Kollektivvereinbarung, nämlich an der Materie, die «üblicherweise durch Gesamtarbeitsvertrag oder durch andere kollektive Vereinbarung geregelt wird»⁹⁹.

Dies bedeutet nichts anderes als die gesetzlich angeordnete Subsidiarität der vereinbarten Betriebsordnung gegenüber dem Gesamtarbeitsvertrag¹⁰⁰. Nach HUG soll damit «das Aushöhlen des GAV und die Wiedereinführung des Hausvertrages» verhindert werden¹⁰¹. Auf der anderen Seite ist aber zu bedenken, dass die vereinbarte Betriebsordnung eine wichtige Grundlage für «das Zusammenwirken von Arbeitgeber und Arbeitnehmerschaft und damit der Betriebsgemeinschaft» abzugeben vermag¹⁰². Zwangsläufig geht nach geltendem Recht somit der Ausbau des Netzes von Gesamtarbeitsverträgen auf Kosten der innerbetrieblichen Verständigung. Der Betriebsvereinbarung steht dabei kein gesicherter Bereich zu, da sich die Möglichkeit der Regelung durch Gesamtarbeitsvertrag gemäss Art. 356 OR nicht nur auf Abschluss, Inhalt und Beendigung des Arbeitsverhältnisses erstreckt; vielmehr können Gesamtarbeitsverträge «auch andere Bestimmungen enthalten, soweit sie das Verhältnis zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern betreffen»¹⁰³. Auch im Bereich der sogenannten «formellen Arbeitsbedingungen» (insbesondere Regelungen über die Modalitäten der Vertragsabwicklung) kann somit die Betriebsvereinbarung durch den Gesamtarbeitsvertrag zurückgedrängt werden.

Nach CANNER/SCHOOP verbleiben in der Praxis vor allem noch die folgenden Materien der Regelung durch Betriebsvereinbarung vorbehalten: Kündigungsfrist im unterjährigen Arbeitsverhältnis, Kündigungstermine; Lohnrückbehalt und Kautionspflicht; Ort, Zeit und Weise der Lohnauszahlung,

97 Dies muss sich schon aus der schuldrechtlichen Unmöglichkeit des Vertrags zu Lasten Dritter ergeben, vgl. zu diesem Prinzip GUHL/MERZ/KUMMER, Obligationenrecht, S. 167. Vorn 21.42.

98 Art. 38 Abs. 2 ArG.

100 REHBINDER, Arbeitsrecht, S. 154.

101 HUG, Kommentar ArG, N. 19 zu Art. 38.

102 Ebd. N. 15 zu Art. 38.

103 Art. 356 Abs. 2 OR.

Lohnperiode; Schadenersatzpflicht bei Nicht- oder Schlechterfüllung der Arbeitspflichten, Absenzenregelung; Bestimmung des Zeitlohnes bei Übergang von Akkord- zu Zeitlohnarbeit; Entrichtung von Teuerungszulagen, Prämien, Gratifikationen, Erfolgs- und Kapitalbeteiligungen sowie Ansprüche auf Vorsorgeleistungen¹⁰⁴.

32.52. *Vergleich mit AAB*

Offensichtlich überschneiden sich die Regelungsbereiche von AAB und Betriebsvereinbarung weitgehend. Zudem ist in beiden Fällen die zu erzielende Wirkung die gleiche, nämlich betriebs- oder gruppeneinheitliche Arbeitsbedingungen. Da die Vereinbarung einer Betriebsordnung nach schweizerischem Recht freiwillig¹⁰⁵ ist, behält der Arbeitgeber aber durch die ausschliessliche Verwendung von AAB in doppelter Weise eine grössere Handlungsfreiheit: Zum einen ist er weder bei der Entstehung noch bei späteren Abänderungen auf die Zustimmung der betrieblichen Arbeitnehmervertretung angewiesen. Zum andern ist er in der inhaltlichen Gestaltung nicht der Einschränkung von Art. 38 Abs. 2 ArG unterworfen, er kann somit auch solche Fragen regeln, die in seinem Bereich üblicherweise durch Gesamtarbeitsvertrag geregelt sind. Diese zweite Einschränkung dürfte den einem Gesamtarbeitsvertrag angeschlossenen Arbeitgeber in aller Regel dazu zwingen, neben der Betriebsordnung zusätzlich noch AAB aufzustellen, will er das Ziel einheitlicher Arbeitsbedingungen vollständig erreichen. Mit dem Bemühen, Hausverträge zu erschweren, hat der Gesetzgeber im Effekt wohl eher AAB gefördert als Gesamtarbeitsverträge vor Aushöhlung bewahrt.

Als Resultat bleibt festzuhalten, dass das geltende Recht denkbar ungünstige Voraussetzungen für die weitere Verbreitung von Betriebsvereinbarungen geschaffen hat. AAB dagegen unterliegen keinen derartigen Schranken¹⁰⁶. Dies ermöglicht es dem Arbeitgeber, einheitliche Arbeitsbedingungen nach Belieben entweder einseitig festzulegen oder die Mitarbeitervertretung in frei gewähltem Umfang an dieser (faktischen) Normsetzung teilnehmen zu lassen.

Eine derartige Mitwirkung der Betriebskommission beim Aufstellen von AAB führt natürlich zur Frage, ob damit nicht Art. 38 Abs. 2 ArG umgangen wird (nämlich soweit diese AAB Bestimmungen enthalten, die in dem

104 CANNER/SCHOOP, N. 6 zu Art. 38 ArG.

105 «Auch wenn die betriebliche Arbeitnehmervertretung tatsächlich auf die Vereinbarung einer BO hinwirken kann, so steht ihr kein rechtliches Mittel zur Verfügung, um eine solche zu erzwingen.» (HUG, Kommentar ArG, N. 5 zu Art. 37).

106 Dies soll vorerst als Annahme vorausgesetzt sein. Eine andere Betrachtungsweise folgt hinten, 4.5., vor allem 45.2.

Bereich, dem der Betrieb angehört, üblicherweise durch Gesamtarbeitsvertrag geregelt werden). Tatsächlich können solcherart aufgestellte AAB den Normzweck von Art. 38 Abs. 2 ArG vereiteln, indem sie geeignet sind, das Institut des GAV auszuhöhlen¹⁰⁷. Auf der anderen Seite steht fest, dass der Gesetzgeber mit der inhaltlichen Beschränkung der Betriebsordnung «keinesfalls die einseitige Satzungsbefugnis des Arbeitgebers erweitern» wollte¹⁰⁸. Zwar dachte man dabei an eine unerwünschte Erweiterung des Weisungsrechts¹⁰⁹. Aber auch einseitig aufgestellte AAB stellen ja eine Form dieser einseitigen Satzung dar; auch sie sollen demzufolge durch Art. 38 ArG ganz sicher nicht gefördert werden. Durch Beschränkung der *vereinbarten* AAB im erwähnten Sinne (Annahme einer Umgehung von Art. 38 ArG) müsste aber genau diese Wirkung eintreten.

Eine solche Benachteiligung vereinbarter AAB gegenüber einseitig aufgestellten kann nicht befriedigen; eine gesetzliche Erschwerung auch massvollster Formen der Mitbestimmung muss geradezu als absurd erscheinen.

Diese Überlegungen machen es erforderlich, die Bedeutung des Art. 38 Abs. 2 ArG für AAB zu überprüfen. Es fragt sich insbesondere, ob die der Betriebsordnung gesetzte Grenze des «üblicherweise durch Gesamtarbeitsvertrag Geregelt» nicht auch für AAB gelten muss (dazu hinten 4.3.).

32.6. *Ergebnis*

Inhaltsleerer Vertrag und generelle Weisungen ergänzen einander und bilden die für den Arbeitnehmer unsicherste, für den Arbeitgeber flexibelste Gestaltungsweise von Arbeitsbedingungen. Die Betriebsübung weist für alle Beteiligten nur Nachteile auf, sie ist das Prinzip der «verpassten Chance». Demgegenüber schafft die Zusage klare Verhältnisse über Verbesserungen der Rechtsposition des Arbeitnehmers. Die Betriebsvereinbarung beruht im Gegensatz zu den übrigen Gestaltungsmitteln nicht auf einzelvertraglicher Grundlage. Infolge funktioneller Gemeinsamkeiten mit AAB drängt es sich aber auf, die Anwendung der für die Betriebsordnung geltenden Normen auch auf AAB in Betracht zu ziehen.

3.3. *Formen Allgemeiner Arbeitsbedingungen*

Die Vielfalt der in der Praxis verwendeten AAB zeigt sich u.a. in Umfang, äusserlicher Gestaltung (Vervielfältigungstechnik) und mehr oder weniger präziser sprachlicher Formulierung. Diese Eigenschaften sind zwar

107 Zum Normzweck von Art. 38 Abs. 2 ArG: HUG, Kommentar ArG, N. 19 zu Art. 38.
108 Ebd. N. 14 zu Art. 38 ArG.
109 Ebd.

rechtlich nicht unerheblich¹¹⁰. Sie sind aber für die Bildung brauchbarer AAB-Kategorien unergiebig. Denn diese Eigenschaften haben keinen Einfluss darauf, ob AAB den vorn, 3.1., aufgestellten Anforderungen entsprechen, nämlich Einheitlichkeit, Schutz der Arbeitnehmerinteressen und Flexibilität. Für diese Kriterien sind vielmehr der *Aufstellungsvorgang* einerseits und die *Intensität der Vorformulierung* andererseits entscheidend.

33.1. Unterscheidung nach dem Aufstellungsvorgang

Der Arbeitgeber kann die innerbetriebliche Arbeitnehmervertretung in beliebigem Masse an der Aufstellung der AAB beteiligen, er kann AAB aber auch allein, d.h. einseitig aufstellen.

33.11. Vereinbarte AAB

Im Zusammenhang mit der Urheberchaft von AGB und AAB (vorn 12.1.) wurde deutlich, dass durch *überbetriebliches* Aushandeln der AAB deren Nachteile als vorbereitete Vertragsordnung ganz oder teilweise beseitigt werden können. Durch kollektive Vereinbarung, die als Marktordnungsprinzip durch die Rechtsordnung anerkannt ist (nämlich in Form der Koalitionsfreiheit und Tarifautonomie¹¹¹), kann die fehlende Einzelvertragsrichtigkeit grundsätzlich wiederhergestellt werden. Allerdings ist festzuhalten, dass solcherart vereinbarten AAB keine normative Wirkung zukommen soll; sie können auch für die Mitglieder der vertragschliessenden Verbände nur aufgrund einzelvertraglicher Einbeziehung gelten. Es handelt sich somit nicht um eine Kollektivvereinbarung im engeren Sinn, wie sie der Gesamtarbeitsvertrag darstellt, sondern sozusagen um ein Nebenprodukt des «collective bargaining» in Form eines Vertragsmusters, dessen Inhalt ausgewogen sein soll und die fehlende Einzelvertragsparität zu kompensieren bestimmt ist.

Während diese überbetrieblich ausgehandelten AAB den Interessen der Arbeitnehmer offensichtlich besser genügen als einseitig aufgestellte, so ist ihr Nachteil offensichtlich: Betriebsspezifische Regelungsprobleme werden nicht berücksichtigt, sowohl in sachlicher Hinsicht als auch zeitlich, indem veränderten Verhältnissen nur schwer Rechnung zu tragen ist. Daraus folgt, dass derartige AAB dann sinnvoll sind, wenn es auf die Flexibilität der Regelung nicht ankommt.

Den Resultaten meiner Untersuchung ist zu entnehmen, dass überbetrieblich ausgehandelte AAB die Ausnahme darstellen¹¹². Bemerkens-

110 Siehe dazu auch die Ausführungen zur AGB-Problematik, vorn 1.1.

111 REHBINDER, Arbeitsrecht, S. 147 ff.; 157.

112 Aufgrund der (absolut) geringen Zahl festgestellter AAB dieser Art ist das Resultat allerdings mit Vorbehalten zu betrachten.

wert stark verbreitet ist offensichtlich einzig das «Gemeinsame Formular der gastgewerblichen Verbände»^{113, 114}.

Neben den überbetrieblich ausgehandelten AAB besteht auch bei *innerbetrieblich vereinbarten* eine gewisse Gewähr, dass die fehlende Vertragsparität kompensiert wird. Voraussetzung ist allerdings eine repräsentative Arbeitnehmervertretung. Wiederum findet sich in der Rechtsordnung eine Grundlage für das «collective bargaining»: Mit den Art. 37 f. ArG (Betriebsordnung, vorn 32.5.) wird der innerbetriebliche Interessenausgleich geregelt. Aber auch hier ist zu betonen, dass es sich nicht um eine Kollektivvereinbarung im engeren Sinne, wie sie die Betriebsordnung darstellt, handeln kann. Wiederum hängt die Geltung von der einzelvertraglichen Einbeziehung ab. Solcherart vereinbarte AAB können sich zwar inhaltlich mit einer freiwilligen Betriebsordnung gemäss Art. 38 Abs. 2 ArG decken, haben aber - gemäss ihrem Geltungsgrund - einzelvertragliche und nicht normative Wirkung¹¹⁵.

Besser als überbetrieblich vereinbarte AAB sind innerbetriebliche geeignet, den besonderen Verhältnissen des Betriebes gerecht zu werden. Ebenso gewähren sie grössere zeitliche Flexibilität. Im Hinblick auf die vorn erwähnten drei Ziele stellen sie somit das Optimum dar.

Die Verbreitung der ganz oder teilweise innerbetrieblich vereinbarten AAB ist auf rund 10% der insgesamt verwendeten AAB zu beziffern¹¹⁶. Bei der Auswertung wurden aber nur solche AAB als vereinbart betrachtet, die auch von der Mitarbeitervertretung *unterzeichnet* waren¹¹⁷. Der Anteil von 10% mag als gering erscheinen; dies schon deshalb, weil auch solche AAB darin enthalten sind, die nur teilweise vereinbart, überwiegend aber einseitig aufgestellt sind. Es ist meines Erachtens aber zu bedenken, dass AAB oftmals nicht nur formelle, sondern auch materielle Arbeitsbedingungen regeln, insbesondere auch den Umfang der Hauptpflichten der Vertragsparteien. Diese Fragen sind aber typischerweise gerade nicht Gegenstand betrieblicher Mitentscheidung, sondern allenfalls einer Mitsprache¹¹⁸. So gewährt der GAV der chemischen Industrie (vom 1. Jan. 1978) den Mitarbeitervertretern ein *paritätisches* Mitentscheidungsrecht in folgenden Fragen:

- 113 Vereinbart zwischen der Union Helvetia (Schweizerischer Zentralverband der Hotel- und Restaurant-Angestellten) einerseits und dem Schweizer Hotelier-Verein sowie dem Schweizer Wirtverband andererseits.
- 114 Zu den Möglichkeiten des Schutzes vor unangemessenen AAB durch kollektiv ausgehandelte Vertragsmuster s. hinten III. Teil, 3.
- 115 Zur Bedeutung dieses Unterschiedes s. hinten 4.4.
- 116 Das entspricht 9 von den 85 ausgewerteten Fällen.
- 117 Zu anderen Formen der Mitwirkung sogleich 33.12.
- 118 Dazu kommt die in Art. 38 Abs. 2 ArG festgelegte Grenze der Betriebsvereinbarung, hinten 4.5.2.

- Verlängerung des Provisoriums einzelner Arbeitnehmer
- Kündigung bei gesundheitlicher Beeinträchtigung durch die Arbeit im Betrieb
- Pauschalabgeltung der Lohnzuschläge bei regelmässiger Schichtarbeit
- Reglement Arbeits- und Anstellungsbedingungen
- Reglement Arbeiterkommission und Wahlreglement
- Festlegung und Abstufung der Funktionsanteile und Umgebungszulagen
- Durchführung der Funktionsbewertung
- Behandlung von Rekursen einzelner Arbeitnehmer gegen ihre Arbeitsplatzeinstufung in letzter Instanz.

Ein Recht auf *Information* besteht für folgende Fragen:

- fristlose Entlassung
- Begründung von Betriebsschliessungen
- Höhe der Gratifikation
- Höhe der Leistungszulagen
- Entwicklung des Personalbestandes.

Weitere Fragen unterliegen der Mitsprache oder der minoritären Mitentscheidung.

Daraus folgt ohne weiteres, dass gesetzesähnlich gestaltete AAB mit ihrer Kodifizierungsfunktion (inhaltlich umfassende Regelung der Arbeitsbedingungen) als Ganzes kaum Gegenstand einer innerbetrieblichen Vereinbarung sein werden. Vielmehr wird im Sinne einer Mitbestimmung nach Mass eine Gruppierung der Regelungsgegenstände vorzunehmen und für jede dieser Gruppen der geeignete Modus der Aufstellung zu finden sein.

33.12. *Einseitig aufgestellte AAB*

Wie erwähnt, ist in 90% der ausgewerteten AAB keine Vereinbarung mit der Mitarbeitervertretung gegeben. Diese 90% teilen sich bezüglich *Urheberschaft* folgendermassen auf: 10% der insgesamt ausgewerteten AAB wurden von Arbeitgeberverbänden, 80% vom Arbeitgeber selbst aufgestellt. Dieser Unterschied in der Urheberschaft kann rechtlich aber keine Bedeutung haben. Denn in beiden Fällen ist aufgrund der für die vorbereitete Vertragsordnung typischen Einbeziehungssituation eine – wie auch immer geartete Vertragsrichtigkeit nicht zu erwarten. Auch die Besonderheit des Arbeitsverhältnisses, insbesondere das Bedürfnis nach Regelungsunterwerfung und Einheitlichkeit der Vertragsinhalte kann daran nichts ändern. Gewiss weisen AAB, die vom Arbeitgeberverband aufgestellt werden, eine geringere Flexibilität auf als betriebseigene AAB. Sie eignen sich daher entsprechend überbetrieblich vereinbarten AAB – insbesondere für statische Regelungsinhalte.

Weniger eindeutig zu beantworten ist die Frage, wie eine allfällige Mitwirkung der Mitarbeitervertretung am Aufstellungsvorgang rechtlich zu bewerten ist. Insbesondere ist nun zu begründen, weshalb meines Erachtens nur bei einem *Mitentscheidungsrecht* der Arbeitnehmer keine Einseitigkeit der Aufstellung anzunehmen ist.

Die Begründung ergibt sich vor allem daraus, dass der Aufstellungsvorgang bei blosser Mitsprache, Vernehmlassung oder einem sog. «Beizug» der Mitarbeitervertretung eine echte Interessenwahrung der Arbeitnehmer nicht gewährleistet. Meist war in den untersuchten Fällen auch nicht ersichtlich, ob und wie diese Mitwirkung institutionalisiert¹¹⁹ und wie sie sachlich begrenzt war (z.B. ausschliesslich auf formelle Arbeitsbedingungen).

Damit soll nun allerdings nichts gegen diese Zwischenstufen der Mitwirkung gesagt sein, erfüllen sie doch eine wichtige Aufgabe im Rahmen der innerbetrieblichen Verständigung¹²⁰. An der Einseitigkeit der Aufstellung ändert sich damit aber nichts.

33.2. Unterscheidung nach der Intensität der Vorformulierung

Die hier vorgenommene Unterteilung in Formulare und Reglemente gilt in der AGB-Dogmatik sowie im AGB-Gesetz als rechtlich unerheblich. Als entscheidend wird einzig erachtet, ob die AGB-Eigenschaft einer Vertragsordnung zukomme oder nicht. Auf eine Unterscheidung verschiedener Arten von AGB bezüglich der Intensität der Vorformulierung wird grundsätzlich verzichtet¹²¹.

Aus dem vorn (12.2.) zu den verschiedenen Arten der Einbeziehung Erwähnten geht aber hervor, dass sich verschiedene Formen von AGB in ihrer

119 Nach einer (nicht veröffentlichten) Untersuchung von Martin MÄDER aus dem Jahre 1971 bestehen in der Schweiz für rund 80% der Mitarbeiterkommissionen Reglemente oder Statuten, welche die Zusammensetzung und Zuständigkeit der Betriebskommission regeln; s. dazu LATTMANN, S. 62.

120 Die Hauptleistung der Mitarbeiterkommission «besteht in der Aufrechterhaltung einer zwar nur mittelbaren, aber ständigen Kommunikation zwischen der Leitung der Unternehmung und ihrer Belegschaft. In dieser Hinsicht hat sich die überwiegende Mehrzahl der Mitarbeiterkommissionen in den schweizerischen Unternehmungen als ein fruchtbares Werkzeug zur Aufrechterhaltung des gegenseitigen Vertrauens erwiesen.» (LATTMANN, S. 68).

121 SCHMIDT-SALZER wollte vor dem Inkrafttreten des AGB-Gesetzes sämtliche *vorgedruckten* Klauseln (aber auch nur sie) dem Recht der AGB unterstellen, unabhängig von Zahl, Umfang und (oder) Komplexität der Klauseln (AGB, 1. A, S. 8). Das deutsche AGB-Gesetz legt in der Legaldefinition der AGB (vorn 12.32., FN 91a) präzisierend fest: «Gleichgültig ist, ob die Bestimmungen einen äusserlich gesonderten Bestandteil des Vertrages bilden oder in die Vertragsurkunde selbst aufgenommen werden, welchen Umfang sie haben, in welcher Schriftart sie verfasst sind und welche Form der Vertrag hat.» Damit dokumentiert sich nach ULMER die Tendenz, für den Schutzbereich des Gesetzes nicht auf formale Kriterien, sondern auf den Schutzzweck abzustellen (Kommentar AGBG, N. 17 zu Art. 1).

Offenheit für Ergänzungen und Änderungen erheblich unterscheiden können. Entsprechend der vorn für die Einbeziehung getroffenen Einteilung in Global- und Vollerklärung sind nun Reglemente und Formulare daraufhin zu prüfen, wie weit sie als Gestaltungsmittel für Arbeitsverhältnisse geeignet sind.

33.21. *Reglemente*

Unter Reglementen sollen hier angehängte Vertragsordnungen, sog. *contrats d'adhésion*, verstanden sein. Sie werden in aller Regel aufgrund einer blossen Globalerklärung in den Vertrag einbezogen. Vor allem aber sind sie dadurch gekennzeichnet, dass inhaltliche Änderungen oder Ergänzungen anlässlich der Vertragsverhandlungen nicht vorgesehen sind.

Da hier überhaupt keine Offenheit für Einzelvereinbarungen besteht, lassen sich mit Reglementen in optimaler Weise einheitliche Arbeitsbedingungen erzielen. Reglemente eignen sich daher zur Verwirklichung des Gleichbehandlungsgrundsatzes wie auch zur Gewährleistung der Ordnung im Betrieb.

33.22. *Formulare*

Anders als bei Reglementen sind bei Formularen in mehr oder weniger grossem Ausmass Änderungen oder Ergänzungen des Vertragsinhalts möglich. Diese Gestaltungsmöglichkeit reicht vom Ankreuzen der im Einzelfall zutreffenden Formulierung bis zur Lückenfüllung, die einer Einzelvereinbarung nahekommt; einzelne Formulare haben die Funktion einer blossen Checkliste¹²².

Bei diesen Formularen geht es stets darum, einen Kompromiss zu finden zwischen zwei sich ausschliessenden Zielen. «Offene» Formulare erlauben die individuelle Gestaltung des Vertragsinhalts, können aber das Ziel betriebs- oder gruppeneinheitlicher Vertragsbedingungen kaum realisieren. Ihr Anwendungsbereich muss dort liegen, wo es auf Gleichbehandlung und einheitliche Ordnung im Betrieb weniger ankommt. Demgegenüber lassen weitgehend vorformulierte Formulare kaum eine individuelle Gestaltung des Vertragsinhalts zu, gewährleisten aber in vermehrtem Mass die Einheitlichkeit. Nur ein überwiegendes Bedürfnis nach Gleichbehandlung oder einheitlicher Ordnung im Betrieb kann meines Erachtens diese Form von AAB als sinnvoll erscheinen lassen.

122 Vorn 12.22.

3.4. *Ergebnis*

Der Vergleich der verschiedenen rechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten des Arbeitsverhältnisses zeigt, dass die Betriebsvereinbarung den gestellten Anforderungen am besten entspricht. Kommt eine Betriebsvereinbarung aus irgendeinem Grunde nicht zustande oder umfasst sie nicht alle regelungsbedürftigen Fragen, dann stellen vereinbarte AAB als Ersatz oder Ergänzung die beste Lösung dar.

Die innerbetriebliche (kollektive) Vereinbarung der AAB erscheint dann als dringend geboten, wenn das individuelle Aushandeln der Vertragsbedingungen ganz (bei Reglementen) oder teilweise (bei Formularen) ausgeschlossen wird. Meines Erachtens ist zu postulieren, dass das vollständig vorformulierte Reglement nur subsidiäre Berechtigung hat, nämlich immer dann, wenn das Bedürfnis nach Einheitlichkeit auch tatsächlich besteht und Einheitlichkeit nicht auch durch eine weniger einengende Vertragsordnung, z.B. durch ein Formular, in genügendem Mass zu erreichen ist.

4. **Die Stellung der AAB in der arbeitsrechtlichen Normenhierarchie**

4.1. *Problemstellung*

Die Einordnung Allgemeiner Arbeitsbedingungen in die arbeitsrechtliche Normenhierarchie stellt deshalb ein Problem dar, weil bei AAB ein Widerspruch zwischen individueller Geltung und kollektiver Wirkung (vorn 11.31.) besteht.

Stellt man für die Beurteilung ihrer Rechtsnatur allein oder vorwiegend auf die einzelvertragliche Geltung ab, dann muss man AAB konsequenterweise in die Kategorie der Einzelvereinbarungen einordnen. Erachtet man hingegen die (faktisch) kollektive Wirkung als entscheidend für ihre Rechtsnatur, dann sind sie in die Kategorie kollektiver Vereinbarungen einzuordnen.

Die Bedeutung dieser Fragestellung beschränkt sich nicht auf rechtsdogmatische Bemühungen. Ihre praktische Bedeutung ist erheblich. Es geht um die Frage, ob bestehende AAB durch andere Rechtsquellen abgeändert, also verdrängt werden können.

Gilt nämlich der kollektive Inhalt von AAB als entscheidend für ihre Einordnung in die Hierarchie der Arbeitsrechtsquellen, dann könnte im Verhältnis zwischen AAB und Gesamtarbeitsvertrag nicht das Günstigkeitsprinzip gelten, sondern es müsste das sog. Ordnungsprinzip zur Anwendung kommen, wonach zum Zweck einer möglichst umfassenden einheitlichen

Ordnung der Arbeitsbedingungen eine *nachfolgende* kollektive Ordnung die *bisher bestehende* ersetzt. Dies würde bedeuten, dass AAB durch einen später abgeschlossenen Gesamtarbeitsvertrag allenfalls auch *zuungunsten des Arbeitnehmers* abgeändert werden könnten (dazu sogleich 4.2.).

Diese Betrachtungsweise dürfte mit schweizerischem Rechtsempfinden nicht ohne weiteres zu vereinbaren sein. Sie liegt aber mehreren Entscheidungen des deutschen Bundesarbeitsgerichts zugrunde¹. Schon deshalb dürfte sich eine Erörterung dieser Frage lohnen.

Kein Problem stellt das Verhältnis zwischen AAB und *zwingendem Gesetzesrecht* dar: Dieses geht allen anderen Rechtsquellen vor, soweit es absolut zwingend ist (Art. 361 OR); relativ zwingendes geht anderen Rechtsquellen (und damit auch Allgemeinen Arbeitsbedingungen) insoweit vor, als diese Rechtsquellen nichts für den Arbeitnehmer Günstigeres enthalten (Art. 362 OR).

Näher zu betrachten bleibt demzufolge das Verhältnis zwischen AAB und den übrigen Rechtsquellen, nämlich Gesamtarbeitsvertrag, Betriebsordnung und Einzelvereinbarung sowie das Verhältnis zu den dispositiven Normen insbesondere im Gesetz (Arbeitsvertragsrecht) und im Normalarbeitsvertrag.

4.2. *Individuelles oder kollektives Recht?*

Mit AGB haben AAB die Eigenschaft rechtsgeschäftlicher Normen gemeinsam (vorn 11.3.). Damit ist die Rechtsnatur der AAB aber noch nicht genügend bestimmt. Es fehlt noch die Zuordnung zum individuellen oder zum kollektiven Recht – eine für die arbeitsrechtliche Dogmatik ebenso eigentümliche wie unumgängliche Fragestellung.

Der kollektivrechtliche Ansatz geht auf HILGER zurück. Sie fragte: «Ist es denn überhaupt richtig, der betrieblichen generellen Regelung, etwa unserer Lohnordnung, an deren kollektivrechtlichen Charakter niemand zweifeln wird, wenn sie in der Form eines Tarifvertrages oder einer Betriebsvereinbarung erlassen wird, plötzlich einzelvertraglichen Charakter nur deswegen zuzuerkennen, weil sie nicht kraft kollektivrechtlicher Normenwirkung, sondern auf rechtsgeschäftlicher Grundlage Wirksamkeit erlangt?»². HILGER betrachtet die Einführung genereller betrieblicher Regelungen als «zweistufigen Vorgang»:

1 Das BAG hielt eine kollektivvertragliche Abänderung der durch AAB festgelegten Arbeitsbedingungen zuungunsten der Arbeitnehmer u.a. in folgenden Entscheidungen für zulässig:

BAG 4. 2. 1960, AP Nr. 7 zu § 4 TVG Günstigkeitsprinzip,

BAG 30. 10. 1962, AP Nr. 1 zu § 4 TVG Ordnungsprinzip,

BAG 12. 12. 1962, AP Nr. 11 zu § 4 TVG Ordnungsprinzip.

2 HILGER, Der Einfluss des kollektiven Arbeitsrechts auf das Einzelarbeitsverhältnis, in: Verhandlungen des 43. Deutschen Juristentages 1960, Bd. II Teil F, 1962, S. 18.

Beim Erlass der Regelung handle es sich um eine «kollektivrechtliche Arbeitgeber-Massnahme», während die «Unterwerfung der einzelnen Arbeitnehmer» ein «rechtsgeschäftlicher Tatbestand des Individualrechts» sei³. Als Besonderheit dieses rechtsgeschäftlichen Tatbestandes sei aber zu beachten, dass vorbereitete Vertragsordnungen im Arbeitsrecht mehr als blossе Vertragsmuster seien, «denn sie sind bezogen auf den Betrieb, dem sie eine bestimmte Ordnung geben und haben deshalb gegenüber den Individualverträgen eine gewisse Eigenständigkeit»⁴.

Das Überzeugende dieser Argumentation ist meines Erachtens das Bestreben, die Ordnungsfunktion der AAB rechtlich anzuerkennen. Es ist in der Tat unbefriedigend, das faktisch zweifellos bestehende Bedürfnis nach Einheitlichkeit der Arbeitsbedingungen⁵ rechtlich zu ignorieren, indem die zu vereinheitlichenden Rechtsbeziehungen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer als eine Vielzahl zwar gleichlautender, aber rechtlich voneinander unabhängiger Zweierbeziehungen verstanden werden.

Fraglich ist aber, wie weit die von HILGER postulierte rechtliche «Eigenständigkeit» von AAB gegenüber den Individualverträgen gehen soll. Sie will nämlich Allgemeine Arbeitsbedingungen überhaupt nicht als Inhalt von Einzelverträgen gelten lassen; «denn der Einzelsanspruch, der sich aus der generellen Regelung ergibt, ist nicht an die Person gebunden, wie er es doch sein müsste, wenn er Vertragsinhalt wäre. Der Einzelsanspruch aus der generellen betrieblichen Regelung folgt vielmehr der Funktion . . .⁶. Es handelt sich um eine von der Person gelöste objektive Ordnung, der typische Tatbestand des kollektiven Rechts»⁷.

Es ist nun aber fraglich, ob diese «Objektivierung» ausreicht, um AAB vom individuellen ins kollektive Recht umzusiedeln. Dabei ist durchaus anzuerkennen, dass funktionelle Gemeinsamkeiten zwischen AAB und den klassischen Quellen kollektiven Rechts, insbesondere GAV und Betriebsvereinbarung, bestehen. Noch grösser als die Gemeinsamkeiten sind meines Erachtens aber die Unterschiede: Die normative Wirkung des Gesamtarbeitsvertrages lässt sich auf eine gesetzliche Grundlage stützen (Art. 357 OR: «unmittelbare»

3 Ebd., S. 19.

4 Ebd., S. 20.

5 Die betriebliche Notwendigkeit dieser einheitlichen Ordnung ergibt sich meines Erachtens aus der arbeitsteiligen Organisation und dem daraus folgenden Eingliederungsbedürfnis sowie indirekt aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz, s. vorn 21.1.

6 Gemeint ist die Funktion des Arbeitnehmers in der arbeitsteiligen Organisation: «Wenn die Lohnordnung eine Zulage für Arbeit in Wechselschicht vorsieht, dann steht einerseits der Anspruch jedem zu, der in Wechselschicht arbeitet; andererseits verliert der einzelne Arbeitnehmer, der bisher in Wechselschicht gearbeitet hat, den Anspruch auf die Zulage, wenn er zulässigerweise aus der Wechselschicht heraus genommen wird.» (HILGER, Kollektives Arbeitsrecht, S. 20).

7 Ebd.

Wirkung für die beteiligten Arbeitgeber und Arbeitnehmer) ebenso wie die normative Wirkung der vereinbarten Betriebsordnung (Art. 39 Abs. 2 ArG). Das Aushandeln durch Kollektivparteien charakterisiert GAV und Betriebsvereinbarung als *Gesamtvereinbarungen* und niemand denkt, wie SÄCKER feststellt, daran, «die Allgemeinen Arbeitsbedingungen als dritte Spielart der Gesamtvereinbarung auszuweisen»⁸.

Fastet man nun Allgemeine Arbeitsbedingungen trotz dieser Unterschiede unter den Begriff des kollektiven Rechts, dann resultiert meines Erachtens nichts anderes als eine Verschiebung der Grenze zwischen den Kategorien des individuellen und des kollektiven Rechts. Jedenfalls aber bedürfte es dann innerhalb dieses weitgefassten Begriffes des kollektiven Rechts einer weiteren Unterteilung zwischen Gesamtvereinbarungen und «übrigem» Kollektivrecht. Dazu würden, wie SÄCKER meines Erachtens überzeugend darlegt, nicht nur AAB gehören, sondern auch gewisse Erscheinungsformen *kollektiver* Einigung, nämlich die formlosen, nicht normativen Betriebs- und *Tarifabsprachen*⁹. Auf die Bezeichnung dieser Kategorie von Zwittergebilden kann es aber letztlich nicht ankommen. Entscheidend ist, dass AAB weder dem individuellen noch dem (normativen und unabdingbaren) kollektiven Recht unbesehen und in jeder Beziehung zuzuordnen sind. Gegen die begriffliche Zuordnung zum kollektiven Recht überhaupt spricht der Gedanke, «dass der das kollektive Arbeitsrecht kennzeichnende soziale Schutzauftrag für die vom Arbeitgeber materiell einseitig festgelegten Allgemeinen Arbeitsbedingungen keine Gültigkeit hat»¹⁰.

4.3. *Verdrängung von AAB durch Gesamtarbeitsvertrag*

43.1. *Problemstellung*

Die Eingruppierung der AAB in die Kategorie der Individualvereinbarungen hätte zur Folge, dass nach dem *Günstigkeitsprinzip* eine Verdrängung bestehender AAB durch einen nachfolgend vereinbarten, für einzelne Arbeitnehmer ungünstigere¹¹ Arbeitsbedingungen enthaltenden Gesamtarbeitsvertrag ausgeschlossen wäre. Art. 357 Abs. 2 OR sieht nämlich vor, dass *zugunsten* der Arbeitnehmer vom GAV abweichende Abreden getroffen werden können. Daraus folgt u.a., dass es nicht zulässig ist, in Gesamtarbeitsverträgen eine

8 SÄCKER, S. 501.

9 Ebd., m. Nachweisen.

10 Ebd., S. 502.

11 Als Beispiel ist die Neufassung einer Lohnordnung zu erwähnen, die gegenüber dem bisherigen Verteilungsschlüssel einzelne Arbeitnehmer begünstigen und andere entsprechend benachteiligen würde.

Besserstellung durch Einzelarbeitsvertrag von bestimmten Voraussetzungen abhängig zu machen¹². Umsomehr muss eine Verschlechterung bestehender Einzelvereinbarungen durch nachfolgenden GAV ausgeschlossen sein.

Setzte man hingegen Allgemeine Arbeitsbedingungen in der Rechtsquellen-Hierarchie auf die gleiche Ebene wie Gesamtarbeitsverträge, dann könnte das Günstigkeitsprinzip nicht gelten. Vielmehr hätten die AAB, wären sie nun günstiger oder nicht, dem GAV zu weichen¹³.

Die Antwort auf die eng zusammenhängenden Fragen der Abänderbarkeit bzw. Hierarchieposition ergibt sich meines Erachtens aus der *Funktion* sowohl der AAB wie auch des GAV. Diese Funktionen sind meines Erachtens aber keineswegs objektiv-instrumental (aus der «Natur der Sache») zu verstehen, sondern sie entsprechen den Aufgaben, die man *wertend* den AAB und dem GAV zuerkennt.

43.2. *Argumente für und gegen die Abänderbarkeit*

43.21. *Die Ordnungsfunktion des GAV*

Wie erwähnt, lässt es das deutsche Bundesarbeitsgericht zu, dass auf vertraglicher Einheitsregelung beruhende Arbeitsbedingungen durch Kollektivvertrag verschlechtert werden können. Das BAG führt zur Begründung das *Ordnungsprinzip* an; dieses müsse hier dem Günstigkeitsprinzip vorgehen, «weil andernfalls die Möglichkeit zur Schaffung einheitlicher Arbeitsbedingungen erschwert oder gar ausgeschlossen würde und damit eine ungerechtfertigte Beschränkung der Tarifautonomie der Sozialpartner verbunden wäre»¹⁴.

Als erster hatte, soweit ersichtlich, Wolfgang SIEBERT dem Ordnungsprinzip den Vorrang zuerkannt. Das Günstigkeitsprinzip solle deshalb nicht auf arbeitsvertragliche Einheitsregelungen anwendbar sein, weil diese wegen des generellen Charakters weder den Leistungsgedanken noch den Bedürfnisgedanken noch ein sonstiges individuelles Moment berücksichtigten und nicht die Form des Einzelvertrags ausschlaggebend sein dürfe, um einen wesentlichen Unterschied zu einer auch formell kollektiven Regelung anzunehmen¹⁵.

SÄCKER kommt zwar grundsätzlich zum gleichen Ergebnis¹⁶, auch er benutzt, wie SIEBERT und das BAG, den Ausdruck «Ordnungsprinzip»; aber offensichtlich versteht er darunter etwas ganz anderes: Er versteht «Ordnungsfunktion» in einem bloss formalen Sinn, nämlich schlicht als (soziale)

12 REHBINDER, Arbeitsrecht, S. 166.

13 Zur Begründung sogleich 43.2.

14 BAG 4. 2. 1960, AP Nr. 7 zu § 4 TVG Günstigkeitsprinzip.

15 SIEBERT, Kollektivnorm, S. 126.

16 SÄCKER, S. 321.

Regelungsfunktion «und nicht material im Sinne einer inhaltlich bestimmten, erstrebenswerten Regelungsstruktur»¹⁷. Statt vom «Ordnungsprinzip» könne man – angeblich «wertneutraler» – «vielleicht besser vom «Ablösungsprinzip» sprechen»¹⁸. Somit hat die Argumentation SÄCKER's mit derjenigen des BAG wirklich nur das Ergebnis gemein.

43.22. Kollektive Regelungszuständigkeit aufgrund «empirischer Tatsachen»?

In seiner eigentlichen Begründung geht SÄCKER von der Annahme einer «Regelungslücke» aus¹⁹. Für das Schliessen dieser Lücke durch den Richter müsse die «empirisch-faktische, betriebssoziologische Tatsache» entscheidend sein, dass «die Allgemeinen Arbeitsbedingungen, gleichviel ob sie auf Gesamtvereinbarung, arbeitsvertraglicher Einheitsregelung, Betriebsübung oder Gesamtzusage beruhen, abstrakt-generelle, betriebs- oder gruppeneinheitlich geltende Regelungen sind»²⁰. Aus dieser Tatsache folge die Zuständigkeit der Kollektivvertragspartner auch für das *Verschlechtern* bestehender genereller betrieblicher Regelungen. Dabei komme es nicht auf die «formalrechtliche Beschaffenheit» der bestehenden Allgemeinen Arbeitsbedingungen an²¹.

Bemerkenswert erscheint mir hier die Tatsache, dass selbst im deutschen Recht mit seiner ausführlichen Regelung des kollektiven Arbeitsrechts durch das Tarifvertragsgesetz eine Lücke aufzufühlen ist, wenn immer ein rechtspolitisches Bedürfnis dafür besteht²².

SÄCKER geht nun aber nicht so weit wie das Bundesarbeitsgericht; er will die Abänderbarkeit von AAB nur durch *Firmenverträge* zulassen, nicht aber durch sog. «Verbandstarifverträge»²³, also Gesamtarbeitsverträge mit überbetrieblichem Geltungsbereich. Er begründet diese Einschränkung damit, dass «über die Herabsetzung der über- und ausser-(verbands-)tariflichen Arbeitsbedingungen nur auf betrieblicher Ebene sachnah und sachgerecht entschieden werden» könne²⁴.

Zwar wird durch diese Einschränkung der Grundsatz der Abänderbarkeit in seinen praktischen Auswirkungen erheblich relativiert. Aber der Grundsatz bleibt bestehen: wie das BAG befürwortet SÄCKER die Möglichkeit, dass individualrechtlich begründete Arbeitsbedingungen durch die Kollektivvertragsparteien verschlechtert werden können.

17 Ebd., S. 324, FN 251.

18 Ebd.

19 Ebd., S. 312, Anm. 218.

20 Diese Regelungslücke betreffe einzig die Konkurrenz von Tarifnormen mit *günstigeren* vortariflichen AAB; S. 289 ff.

21 Ebd.

22 Wie leicht müsste dies erst für das schweizerische Recht gelingen.

23 Ebd., S. 324.

24 Ebd., S. 321.

Gegen diese Ablösbarkeit wendet sich nun die herrschende deutsche Lehre. Nach RICHARDI ist die Ordnungsfunktion des Gesamtarbeitsvertrages seiner Schutzfunktion unterzuordnen²⁵. Er begründet dies damit, dass eine vertragliche Einheitsregelung niemals in dem Sinn kollektiv bezogen sein könne wie ein Gesamtarbeitsvertrag. Dies ergebe sich schon aus der vertraglichen Form: Diese schaffe einen «für den betreffenden Arbeitnehmer individuell geprägten Vertrauenstatbestand»²⁶. Damit stellt RICHARDI auf den Einbeziehungsvorgang als entscheidendes Charakteristikum der AAB ab und stellt demgegenüber den kollektiven Inhalt in den Hintergrund. Andernfalls wäre es, wiederum nach RICHARDI, «dem Zufall oder der rationellen Handhabung durch den Arbeitgeber überlassen, in welchem Umfang ein Arbeitsvertrag inhaltlichen Bestandsschutz gegenüber ungünstigeren Kollektivvereinbarungen genießt»²⁷. Bevorzugt wären nämlich Arbeitnehmer mit individualisierten Arbeitsplätzen sowie grundsätzlich solche in kleineren Betrieben: «gerade Arbeitnehmer, die auf der sozialen Leiter unten stehen und deren Arbeitsverhältnisse gerade in grösseren Betrieben notwendig kollektiviert sind, wären von einer nachteiligen Verschlechterung ihrer vertraglich festgelegten Arbeitsbedingungen nicht geschützt - ein Ergebnis, das mit den sozialen Tendenzen des Arbeitsrechts nicht in Einklang steht»²⁸.

Gleich oder ähnlich lautende Begründungen finden sich bei verschiedenen Autoren. DREYER postuliert darüber hinaus eine grundsätzliche Subsidiarität des kollektiven gegenüber dem individuellen Arbeitsrecht²⁹.

CANARIS wendet gegenüber der Argumentation SAECKER's ein, vermutlich gehe es ihm in Tat und Wahrheit um die Einschaltung der Gewerkschaften beim Abbau der effektiven Arbeitsbedingungen. «Er (SÄCKER) müsste folglich dartun, dass auch hinsichtlich der *Effektivlöhne* und der sonstigen *effektiven* Arbeitsbedingungen die Normsetzungsprärogative der Tarifvertragsparteien gilt.» Dies sei aber nicht der Fall, in diesem Bereich gelte einzig das Günstigkeitsprinzip³⁰.

In die gleiche Richtung zielt ADOMEIT. Er beurteilt die Herrschaft des Ordnungsprinzips nur bei der Ablösung einer *kollektivrechtlichen* Regelung durch eine nachfolgende weniger soziale als ungefährlich, und zwar deshalb.

- 25 RICHARDI, Die arbeitsvertragliche Einheitsregelung und ihr Verhältnis zu Kollektivvereinbarungen, in: *Recht der Arbeit* 1965, S. 49–60 (54).
- 26 Ebd.
- 27 Ebd.
- 28 Ebd., S. 54. Mit weiteren Argumenten gegen die Anwendung des Ordnungsprinzips.
- 29 DREYER, Die einzelvertragliche Einheitsregelung, Diss. Hamburg 1966, S. 84.
- 30 CANARIS, Die Allgemeinen Arbeitsbedingungen im Schnittpunkt von Privat- und Kollektivautonomie, in: *Recht der Arbeit* 1974, S. 18–26 (23).

«weil unterstellt werden kann, dass die beteiligte Repräsentation der Arbeitnehmer eine früher erkämpfte Position nicht ohne sachlichen Grund aufgeben wird.» Bei AAB bestehe diese Gewähr keineswegs, «vielmehr stehen Gewerkschaftsvertreter aussertariflich gewährten Vergünstigungen oft aus organisationspolitischen Gründen skeptisch oder sogar feindselig gegenüber»³¹.

ZÖLLNER schliesslich weist auf den Vertrauensschutz des Arbeitnehmers hin. Dieser müsse sich «auf vereinbarte Vertragsbedingungen auch dann verlassen können, wenn sie nicht von denen anderer Arbeitnehmer abweichen». Aus diesem Grunde sei eine Differenzierung zwischen Einheitsvertrag und individueller Vereinbarung bezüglich des Günstigkeitsprinzips nicht gerechtfertigt³².

43.3. *Ergebnis für das schweizerische Recht*

Aus dem vorn (4.2.) Erwähnten geht hervor, dass AAB meines Erachtens nicht vollumfänglich und in jeder Beziehung entweder dem individuellen oder aber dem kollektiven Recht zuzuordnen sind; ihre Zwitternatur verbietet eine derart undifferenzierte Zuweisung. Wohl besteht eine gewisse Ähnlichkeit zu anderen Mischgebilden³³; doch daraus lässt sich für die Einordnung in die Normenhierarchie kaum etwas gewinnen. Vielmehr ist meines Erachtens für jedes Problem der Rechtsanwendung gesondert die Zuordnung zum kollektiven bzw. individuellen Recht vorzunehmen.

43.31 *Vorrang des Günstigkeitsprinzips*

Wie nach deutschem Recht³⁴ hat nach schweizerischem OR (Art. 357 Abs. 2) der Gesamtarbeitsvertrag die Funktion, eine einheitliche Ordnung von *Mindestarbeitsbedingungen* herzustellen. Das Gesetz lässt es damit zu, dass die Einheitlichkeit dieser Ordnung gestört werden kann durch günstigere Einzelvereinbarung, nämlich durch «Abrede» gemäss Art. 357 Abs. 2 OR. Die entscheidende Frage ist nun, ob Allgemeine Arbeitsbedingungen unter diesen Begriff «Abrede» zu subsumieren sind.

Zweifellos hatte der Gesetzgeber die *Einzelabrede* vor Augen³⁵. SCHWEINGRUBER spricht präzisierend von der «Besserstellung im Einzelfall»³⁶.

31 ADOMEIT, S. 117 f.

32 ZÖLLNER, Arbeitsrecht, S. 239 f.

33 Z.B. zur formlosen Tarifabsprache; vorn 4.2.

34 § 4 Abs. 3 Tarifvertragsgesetz.

35 Schon in der Botschaft des Bundesrates an das Parlament war von «Einzeldienstverträgen» die Rede (Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zum Entwurf eines Bundesgesetzes über den Gesamtarbeitsvertrag und dessen Allgemeinverbindlichkeit vom 29. 1. 1954 in: Bbl 1954 I 125 ff., S. 161 f.).

36 SCHWEINGRUBER/BIGLER, Kommentar zum Gesamtarbeitsvertrag, 2. A, Bern 1972, N. 5 zu Art. 357 OR.

In der Tat ist nicht ohne weiteres ersichtlich, weshalb die als gesetzesähnlicher, einseitig aufgestellter Normenkomplex charakterisierten AAB nun plötzlich als «Abrede» zu betrachten sein sollen. Aber der Wortlaut von Art. 357 Abs. 2 OR allein genügt nicht für dessen Auslegung. Nach dem Normzweck, nämlich dem Festschreiben des Günstigkeitsprinzips³⁷, ist die Beschränkung auf eine bestimmte Form der Einzelvereinbarung, d.h. auf den individuell ausgehandelten Vertrag, nicht zulässig. Denn das Günstigkeitsprinzip zielt nicht auf eine Vielfalt der effektiven (übertariflichen) Arbeitsbedingungen ab; es schliesst deren Einheitlichkeit keineswegs aus. Normzweck ist vielmehr die Sicherung *minimaler* Arbeitsbedingungen³⁸ für alle (dem GAV unterstehenden) Arbeitnehmer.

Daraus geht hervor, dass die von der deutschen Lehre angestellten Betrachtungen insbesondere zur Schutzfunktion des Gesamtarbeitsvertrages auch für die Schweiz gelten müssen. Es ist nicht einzusehen, dass ein Arbeitsvertrag einen geringeren Bestandesschutz gegenüber ungünstigeren Kollektivvereinbarungen nur deshalb haben soll, weil er nicht ausgehandelt ist und weil er den gleichen Inhalt aufweist wie die Verträge anderer Arbeitnehmer. Mit RICHARDI ist anzunehmen, dass auch bei Verwendung vorbereiteter Vertragsordnungen ein «individuell geprägter Vertrauenstatbestand»³⁹ geschaffen wird.

Ebenso ist anzunehmen, dass auch in der Schweiz die Gewerkschaftsvertreter an der Sicherung aussertariflich gewährter Vergünstigungen eher geringes Interesse zeigen⁴⁰.

Immerhin ist SCHWEINGRUBER insofern zuzustimmen, als «übersetzte Spitzenlöhne . . . weder dem Beruf im ganzen noch den einzelnen Arbeitnehmern und Arbeitgebern dienen»⁴¹; für solche Leistungen erwartet auch niemand ein Engagement der Gewerkschaften. Spitzenlöhne finden sich aber grundsätzlich nicht in AAB. Diese enthalten vielmehr die gegenüber dem Gesamtarbeitsvertrag erhöhten, gruppen- oder betriebseinheitlichen Effektivbedingungen. Diese Effektivleistungen stellen nicht das Ergebnis der kollektiven Selbstverwaltung dar, sondern in aller Regel das Ergebnis eines (partiell) funktionierenden *Marktes*; unerheblich ist dabei, ob die Bedingungen im einzelnen ausgehandelt

37 SCHWEINGRUBER/BIGLER, N. 5 zu Art. 357 OR.

38 Diesem Zweck liegt das Bedürfnis nach Schutz vor Lohnunterbietung zur Produktionskostensenkung durch einzelne Arbeitgeber zugrunde. Diesem Bedürfnis verdankt die Kollektivvereinbarung in aller Regel ihre Entstehung, Verbreitung und ihre Förderung auch von seiten der Unternehmer, welche ruinösen Preiswettbewerb (auch auf Kosten der Arbeitnehmer) vermeiden wollen.

39 RICHARDI, Einheitsregelung, S. 54. Im gleichen Sinne ZÖLLNER vorn FN 153.

40 Siehe dazu die Erwägungen ADOMEIT's vorn 43.23. (FN 31); zur weiteren Begründung für die Schweiz s. hinten III. Teil 3.

41 SCHWEINGRUBER/Bigler, N. 7 zu Art. 357 OR.

oder im gesamten, als Paket angeboten und angenommen worden sind. Die Vertreter der kollektiven Arbeitnehmerinteressen sind jedoch an der Verteidigung dieser Marktergebnisse wohl deshalb nicht oder kaum interessiert, weil deren Verschlechterung das Lohngefüge nicht gefährdet. Erst wenn das vom Gesamtarbeitsvertrag gesicherte Minimum erreicht und in Frage gestellt wird⁴², steht die kollektive Position auf dem Spiel; und erst dann besteht die Gefahr schädlichen Lohndrucks.

Für den Arbeitnehmer ergibt sich daraus zwingend ein Bedürfnis nach individualrechtlichem Schutz. Diesem Bedürfnis ist mit der Auslegung von Art. 357 Abs. 2 Rechnung zu tragen. Der Begriff «Abrede» muss somit auch Vereinbarungen umfassen, die aufgrund ihrer Einheitlichkeit im Betrieb kollektive Wirkung haben. Die Abänderbarkeit Allgemeiner Arbeitsbedingungen zuungunsten der Arbeitnehmer durch nachfolgenden Gesamtarbeitsvertrag ist infolgedessen grundsätzlich auszuschliessen.

43.32. *Ausnahmen*

Immerhin sind *Ausnahmen* denkbar. Die Einzelvertragsparteien können wirksam einen Abänderungsvorbehalt vereinbaren. Problemlos ist ein solcher Vorbehalt, wenn er ausdrücklich vereinbart ist⁴³. Aber auch stillschweigende Vorbehalte sind denkbar⁴⁴. RICHARDI erwähnt das Beispiel der Lohnerhöhung, mit welcher «der Arbeitgeber den durch längerwährende Tarifverhandlungen entstehenden Unfrieden mit dem Arbeitnehmer ausräumen will. Der Tarifvertrag löst in diesen Fällen die vielleicht günstigere Vertragsregelung auf jeden Fall ab»⁴⁵.

RICHARDI geht aber noch weiter: Wenn der vertraglichen Vereinbarung überhaupt kein Vorbehalt zu entnehmen sei, müsse man weitere Merkmale in die Beurteilung einbeziehen. Unter solchen Merkmalen versteht er insbesondere die äussere Form der generellen Regelung⁴⁶. Er kommt zum Schluss, dass insbesondere bei der *Gesamtzusage* zu untersuchen ist, ob die Beteiligten der einheitlichen Regelung wirklich eine grössere Bestandssicherung zumessen als einer Kollektivvereinbarung. Es komme darauf an, ob der Arbeitnehmer den kollektiven Charakter der Regelung erkennen konnte und sich nach Treu und Glauben auf einen Vorbehalt hätte einlassen müssen, dass die Regelung durch

42 Z.B. durch Weigerung der Arbeitgeber, die Teuerung auszugleichen.

43 ZÖLLNER, Arbeitsrecht, S. 240; RICHARDI, Einheitsregelung, S. 55. Denkbar ist die folgende Formulierung: «Für dieses Arbeitsverhältnis ist der jeweils gültige Gesamtarbeitsvertrag massgebend.»

44 ZÖLLNER, Arbeitsrecht, S. 240.

45 RICHARDI, Einheitsregelung, S. 55.

46 Ebd.

Gesamtarbeitsvertrag abänderbar sein solle⁴⁷. Anders sei dagegen die *vertragliche Einheitsregelung* zu beurteilen. Hier trete die kollektive Wirkung der generellen Regelung gegen aussen nicht in Erscheinung; diese AAB müssten den vollen Bestandesschutz des Einzelarbeitsvertrags geniessen⁴⁸.

Diesen Erwägungen ist zuzustimmen. Damit ergibt sich die Möglichkeit, der unterschiedlichen Form von Gesamtzusage und AAB (verstanden als vertragliche Einheitsregelung) auch rechtlich Rechnung zu tragen. Trotz aller Gemeinsamkeiten bestehen, wie vorn (32.42) dargelegt, formelle und funktionelle Unterschiede zwischen diesen Gestaltungsmitteln. In diesem Sinn ist SÄCKER zu widersprechen, der eine solche Differenzierung grundsätzlich ablehnt⁴⁹. Meines Erachtens ist nämlich die unter dem Druck des «take it or leave it» in Kraft gesetzte Regelung der Arbeitsbedingungen mit ihrer Gefahr einseitiger Eigennützigkeit bevorzugt vor Veränderungen zuungunsten des Arbeitnehmers zu schützen, soweit dies rechtlich möglich ist⁵⁰.

4.4. *AAB und Betriebsordnung*

Wie der GAV stellt die vereinbarte Betriebsordnung kollektives Recht dar. In der Stufenordnung der arbeitsrechtlichen Normen steht der GAV jedoch über der Betriebsordnung⁵¹. Art. 38 Abs. 3 ArG lautet nämlich: «Der Inhalt der Betriebsordnung darf dem zwingenden Recht und den für den Arbeitgeber verbindlichen Gesamtarbeitsverträgen nicht widersprechen.» Im folgenden ist nun das Verhältnis zwischen AAB und diesem untergeordneten kollektiven Recht zu betrachten.

44.1. *Normative Wirkung der Betriebsordnung*

Die normative Wirkung der Betriebsordnung folgt aus Art. 39 Abs. 2 ArG: «Nach der Bekanntgabe im Betrieb ist die Betriebsordnung für den Arbeitgeber und für die Arbeitnehmer verbindlich.» Sie gilt somit ohne Rücksicht auf Willen oder Zustimmung des einzelnen Arbeitnehmers⁵²; dieser braucht nicht einmal davon zu wissen⁵³.

Die Konsequenz dieser gesetzlichen Geltungsgrundlage ist die *zwingende* Wirkung der Bestimmungen der Betriebsordnung. Unbestritten ist zumindest

47 Ebd., S. 56.

48 Ebd.

49 SÄCKER, S. 125 ff., insbesondere 128.

50 Zur Ablösung der AAB durch neue AAB s. hinten 4.7.

51 Zur Stellung der Betriebsordnung in der Normenhierarchie: HUG, Kommentar ArG, N. 21 zu Art. 38; REHBINDER, Arbeitsrecht, S. 30.

52 CANNER/SCHOOP, N. 4 zu Art. 39 ArG.

53 HUG, Kommentar ArG, N. 15 zu Art. 39.

deren *relativ* zwingender Charakter⁵⁴. HUG geht aber noch weiter und postuliert den *absolut* zwingenden Charakter dieser Normen. Er beruft sich auf den Zweck der Betriebsordnung, wonach diese «eine einheitliche Regelung der innerbetrieblichen Verhältnisse» anstrebe und «damit nach beiden Seiten gleichmässig geltendes Recht schaffen» wolle⁵⁵. Zudem fehle im Gegensatz zur Ordnung beim GAV eine Gesetzesnorm, die das Günstigkeitsprinzip enthalte.

Auf diese Kontroverse wird sogleich zurückzukommen sein (hinten 44.2.). Unzweifelhaft ist jedoch, dass Bestimmungen einer Betriebsordnung durch AAB nicht zuungunsten des Arbeitnehmers abgeändert werden können. In der Normenhierarchie steht die Betriebsordnung daher über den AAB.

44.2. *Abänderbarkeit Allgemeiner Arbeitsbedingungen durch Betriebsordnung*

Grundsätzlich gleich wie beim Gesamtarbeitsvertrag stellt sich hier die Frage der Ablösung bestehender AAB durch eine für den (einzelnen) Arbeitnehmer ungünstigere Kollektivvereinbarung. Hier ist nun entscheidend, ob – wie beim Gesamtarbeitsvertrag – das Günstigkeitsprinzip anzuwenden ist oder das sog. Ordnungsprinzip.

Folgt man HUG, dann wäre eine derartige Verschlechterung der Arbeitsbedingungen möglich. Zwar erwähnt er diesen Fall nicht; er behandelt nur die Abdingbarkeit der Betriebsordnung durch günstigere Einzelvereinbarung und erachtet sie, wie erwähnt, als unzulässig. Aber seine Argumentation gegen das Günstigkeitsprinzip ist unmissverständlich: Die Betriebsordnung wolle nach beiden Seiten gleichmässig geltendes Recht schaffen, von dem nicht abgewichen werden könne. «Aus der Ordnungsfunktion der Betriebsordnung ergibt sich, dass ihren Bestimmungen der Charakter *unabdingbaren Rechts* zukommt, soweit sie nicht Ausnahmen ausdrücklich zulässt»⁵⁶.

Die Konsequenzen aus einem solchen Vorrang des Ordnungsprinzips würden nun aber in zweifacher Weise relativiert. Zum einen ist HUG zuzustimmen, dass den materiellen Arbeitsbedingungen im Rahmen der Betriebsordnung nur eine sehr beschränkte Bedeutung zukommt⁵⁷. Bei formellen Arbeitsbedingungen (z.B. Kündigungsfristen, Stundenplänen, Art und Zeit der Lohnauszahlung usw.), die viel eher in eine Betriebsordnung aufgenommen werden, ist eine Bewertung nach (quantitativ-materieller) Günstigkeit kaum möglich und zudem in aller Regel das Ordnungsbedürfnis viel offensichtlicher gegeben als bei materiellen Arbeitsbedingungen.

54 Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zum Entwurf eines Bundesgesetzes über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel (Arbeitsgesetz) vom 30. 9. 1960, Bbl 1960 II. S. 996; CANNER/SCHOOP, N. 4 zu Art. 39 ArG.

55 HUG, Kommentar ArG, N. 16 zu Art. 39.

56 Ebd.

57 Ebd.

Der zweite Grund, weshalb die Konsequenzen eines rigorosen Ordnungsprinzips relativiert würden, liegt im äusserst liberalen schweizerischen Kündigungsrecht. Da die Kündigung keiner Begründung bedarf⁵⁸, sind – unter Beachtung der Fristen – auch Änderungskündigungen, insbesondere Massenänderungskündigungen zulässig. Würde nun eine Betriebsordnung mit (gegenüber den bisherigen AAB) teilweise ungünstigeren Arbeitsbedingungen in Kraft gesetzt, dann könnte das, will man am Günstigkeitsprinzip festhalten – als Änderungskündigung aufgefasst werden. Die Verschlechterung würde dann nach Ablauf der individuellen Kündigungsfristen am jeweils nächstfolgenden Kündigungstermin wirksam. Auch bei Anwendung des Günstigkeitsprinzips kann daher der Bestandsschutz des auf vertraglicher Grundlage beruhenden Anspruchs nur ein zeitlich begrenzter sein, so dass faktisch nur ein unerheblicher Unterschied zum Ordnungsprinzip übrig bleibt.

Dies ändert jedoch nichts am Grundsatz. Das Günstigkeitsprinzip verdient meines Erachtens den Vorrang, und zwar nicht zuletzt aus einem ganz pragmatischen Grund: Der Arbeitgeber wird sich kaum mit einer Betriebsordnung selbst davon ausschliessen wollen, im Einzelfall oder gruppenweise günstigere Bedingungen zu gewähren. Er wird gegebenenfalls überhaupt davon absehen, einer nach Art. 37 Abs. 4 ArG vereinbarten Betriebsordnung zuzustimmen; er wird stattdessen eine vertragliche Einheitsregelung schaffen.

Somit erwiese man der Einrichtung der Betriebsordnung, die als Mittel zur innerbetrieblichen Verständigung anerkannt ist, einen schlechten Dienst mit der Nichtanwendung des Günstigkeitsprinzips. Die einheitliche Ordnung im Betrieb würde, soweit sie einheitlich sein muss, durch AAB geschaffen, und damit wäre die Mitwirkung der Arbeitnehmervertretung nicht gewährleistet.

4.5. *Begrenzung des Inhalts von AAB durch GAV?*

Für das Verhältnis zwischen AAB und GAV gilt, wie erwähnt, das Günstigkeitsprinzip. Nun stellt sich aber die Frage, ob für AAB allenfalls, wie für die Betriebsordnung gemäss Art. 38 Abs. 2 ArG, eine zusätzliche inhaltliche Schranke anzunehmen sei. Art. 38 Abs. 2 grenzt die Regelungsbereiche von GAV und Betriebsordnung gegeneinander ab und räumt dem GAV Priorität ein: Die Betriebsordnung darf nur Bestimmungen über solche Gegenstände enthalten, die «nicht üblicherweise durch Gesamtarbeitsvertrag oder durch andere kollektive Vereinbarung» geregelt werden.

58 Die einzige sachliche Beschränkung der Kündigungsfreiheit ist in Art. 336g festgelegt und betrifft die Kündigung wegen Militärdienstes.

45.1. Die Regelung im deutschen Betriebsverfassungsgesetz

Auch im deutschen BetrVG findet sich eine Norm entsprechend Art. 38 Abs. 2 des schweizerischen Arbeitsgesetzes, nämlich § 77 Abs. 3 BetrVG: «Arbeitsentgelte und sonstige Arbeitsbedingungen, die durch Tarifvertrag geregelt sind oder üblicherweise geregelt werden, können nicht Gegenstand einer Betriebsvereinbarung sein.»

Nach FITTING/AUFFAHR/Kaiser hat diese Bestimmung den Zweck, einen Interessenkonflikt zwischen Betriebsrat und Gewerkschaften zu vermeiden: Der Vorrang der Tarifvertragsparteien sei unbedenklich, denn dem Betriebsrat verblieben genügend Betätigungsmöglichkeiten ausserhalb des Bereichs der materiellen Arbeitsbedingungen⁵⁹. Immerhin ist nicht zu übersehen, dass eine Kollektivvereinbarung allein in den wenigsten Fällen die materiellen Arbeitsbedingungen für alle Arbeitsverhältnisse einer Unternehmung umfassend regelt. Nicht geregelt sind insbesondere die Arbeitsverhältnisse mit Aussenseitern, und eine faktische Ausdehnung der Bestimmungen eines Gesamtarbeitsvertrages auf Aussenseiter durch Betriebsvereinbarung verhindert eben § 77 BetrVG (bzw. Art. 38 Abs. 2 ArG).

Auch FITTING/AUFFAHR/Kaiser anerkennen aber das Bedürfnis nach betriebseinheitlichen materiellen Arbeitsbedingungen, zum Beispiel das Bedürfnis nach einer Lohnordnung, «durch die die Arbeitsentgelte der Arbeitnehmer je nach ihrer Leistung am Arbeitsplatz in bestimmte Relation zueinandergebracht und gleichartige Arbeiten in gleicher Weise bezahlt werden»⁶⁰. Dies könne nur dadurch erreicht werden, dass der Arbeitgeber die Arbeitsbedingungen mit den Arbeitnehmern vereinbare. Die Mitwirkung des Betriebsrates bei der Gestaltung einer solchen Lohnordnung sei durchaus zulässig, doch handle es sich dabei «keinesfalls um eine Betriebsvereinbarung mit unabdingbarer Wirkung»⁶¹. Die im Effekt resultierende vertragliche Einheitsregelung soll dann, wiederum nach FITTING/AUFFAHR/Kaiser, «nur nach den für das Einzelarbeitsvertragsrecht massgebenden Grundsätzen» beurteilt werden⁶².

Es fragt sich nun, wie diese Betrachtungsweise mit dem Normzweck von § 77 BetrVG bzw. Art. 38 Abs. 2 ArG zu vereinbaren ist.

45.2. Anwendbarkeit von Art. 38 Abs. 2 ArG auch für AAB?

Mehrfach wurde auf die faktisch gleiche Wirksamkeit von Allgemeinen Arbeitsbedingungen und vereinbarter Betriebsordnung hingewiesen (vorn

59 FITTING/AUFFAHR/Kaiser, Handkommentar zum Betriebsverfassungsgesetz, 11. A. München 1974, N. 50 zu § 77.

60 Ebd., N. 65 zu § 77 BetrVG.

61 Ebd., mit Hinweisen.

62 Ebd., N. 67.

32.52.). Die fehlende normative Wirkung der AAB wird in der Regel durch den Druck des «take it or leave it» ersetzt. Lässt man nun zu, dass AAB in den durch Art. 38 Abs. 2 ArG für die Betriebsordnung gesperrten Bereich («... nur soweit, als ihr Gegenstand... nicht üblicherweise durch Gesamtarbeitsvertrag oder durch andere kollektive Vereinbarung geregelt wird») sich ausbreiten können, dann verliert diese Norm jeglichen Sinn. War ursprünglich der Schutz der Koalitionen und ihrer Autonomie angestrebt worden unter bewusster Zurückdrängung der innerbetrieblichen Verständigung, so springt nun der Arbeitgeber in die Lücke und erlässt die in der Wirkung identische Regelung einseitig, allenfalls unter nicht förmlicher, jedenfalls freiwilliger Mitwirkung der Arbeitnehmervertretung. Unnötigerweise wird damit die innerbetriebliche Verständigung gesetzlich beschränkt.

Aus diesem Dilemma führen meines Erachtens zwei Wege: Zum einen könnte man mittels Analogieschlusses kurzerhand auch AAB unter Art. 38 Abs. 2 ArG fassen und damit jede Regelung materieller Arbeitsbedingungen, die im entsprechenden örtlichen und branchenmässigen Bereich durch GAV geregelt sind, als *unwirksam* erklären, wenn sie in AAB enthalten wäre. Dieser Lösung steht aber das vorn erwähnte Bedürfnis nach betriebseinheitlichen, d.h. auch für Aussenseiter gültigen Regelungen der materiellen Arbeitsbedingungen entgegen. Es wäre sinnwidrig und wirklichkeitsfremd, Einheitsregelungen, die in positiver Weise die Gleichstellung der Aussenseiter mit den übrigen Arbeitnehmern bezwecken, aufgrund einer Norm des Arbeitsgesetzes als ungültig zu erklären.

Der zweite Weg bestünde darin, das Gesetz zu ändern und die fragliche Norm ersatzlos zu streichen⁶³. Die betriebliche Arbeitnehmervertretung wäre dann nicht mehr daran gehindert, bei der Gestaltung der (ohnehin verwendeten) AAB in formeller Art mitzuwirken. Die Gefahr, dass den Verbänden damit ein Stück Autonomie vorenthalten wird, ist meines Erachtens unerheblich. AAB und Betriebsvereinbarungen, die übertarifliche Leistungen gewähren, tangieren nämlich nicht den angestammten Bereich des Gesamtarbeitsvertrages, dessen Zweck es ist, einheitliche *Mindestarbeitsbedingungen* festzulegen. Diese Lösung verdient zweifellos den Vorzug.

63

Art. 38 Abs. 2 würde dann (verkürzt) lauten: «Die vereinbarte Betriebsordnung kann auch andere Bestimmungen enthalten, die das Verhältnis zwischen dem Arbeitgeber und den Arbeitnehmern betreffen.»

4.6. *AAB und Einzelvereinbarung*

46.1. *Problemstellung*

Das Verhältnis zwischen vorbereiteter Vertragsordnung und Einzelvereinbarung stellt kein speziell arbeitsrechtliches Problem dar, sondern ein solches des Vertragsrechts überhaupt. Die für AGB entwickelte Rechtsdogmatik kann meines Erachtens grundsätzlich für den Arbeitsvertrag jedenfalls insofern übernommen werden, als auch hier der Austausch von Leistungen (vorn 2.2.) geregelt werden soll. Geht es hingegen um die für den Arbeitsvertrag typische Eingliederung in die arbeitsteilige Organisation, dann ist jedenfalls eine abweichende rechtliche Beurteilung in Betracht zu ziehen.

46.2. *AGB und Einzelvereinbarung nach schweizerischem Recht*

«Individuelle Abreden gehen dem vorgeformten Inhalt schlechthin vor, auch dann, wenn sich die Parteien darüber nicht geäußert haben»⁶⁴. Nach SCHÖNENBERGER JÄGGI ist dies «allgemeine Ansicht»; ebenso die Begründung: AGB hätten deshalb zu weichen, weil der vorgeformte Inhalt «insoweit gar nicht gewollt sei, als die Parteien einen übereinstimmenden abweichenden Willen erklären»⁶⁵. Lehre und Rechtsprechung⁶⁶ haben damit anstelle des Gesetzgebers generelle Regeln aufgestellt, die den Besonderheiten vorbereiteter Vertragsordnungen gerecht werden sollen.

Der Grundsatz, dass die Einzelvereinbarung Priorität haben soll, wird nun aber nicht ohne Schranken angewendet. Im einzelnen gilt nach SCHÖNENBERGER/JÄGGI folgendes:

Eine unklare Einzelvereinbarung ist «im Zweifel eng und so auszulegen, dass sie widerspruchsfrei zum vorgeformten Inhalt passt»⁶⁷.

Es sei zu vermuten, dass bloss mündlich Besprochenes nicht als verbindlich gemeint war, falls es einem Formulartext widerspreche, dessen Übernahme feststehe⁶⁸.

Wenn der vorgeformte Inhalt ausdrücklich vorsehe, «dass abweichende individuelle Abreden nicht (oder nur in bestimmter Form) gültig sind, so spricht dies einzig dann gegen die Wirksamkeit einer trotzdem (oder in anderer

64 SCHÖNENBERGER/JÄGGI, N. 492 zu Art. 1 OR.

65 Ebd., mit Hinweisen auch auf deutsche Autoren. Ebenso neuerdings SCHULER, S. 121; er spricht von «vertrauenstheoretischer Rechtfertigung.»

66 BGE 93 II 225.

67 SCHÖNENBERGER/JÄGGI, N. 492 zu Art. 1 OR.

68 Ebd., N. 493.

Form) getroffenen (gleichzeitigen oder späteren) Abrede, wenn zweifelhaft ist, ob es sich bei ihr überhaupt um eine verbindlich gemeinte Abrede handelt»⁶⁹.

Meines Erachtens überzeugen wohl die erste und die dritte Regelung, nicht aber die zweite. Die erwähnte rechtliche Behandlung von *mündlich* «Besprochenem» erscheint mir deshalb als unglücklich, weil die Übernahme von AGB auch nach SCHÖNENBERGER/JÄGGI⁷⁰ global erfolgen kann: «Die Geltung des vorgeformten Inhalts setzt nicht voraus, dass dieser Inhalt in jeder Hinsicht von jeder Partei zur Kenntnis genommen und überlegt wurde»⁷¹. Es widerspricht meines Erachtens dem vorerwähnten Grundsatz der Priorität der Einzelvereinbarung, wenn man den AGB-Inhalt nun doch als gewollt betrachtet, nur weil die Erklärung des abweichenden übereinstimmenden Willens nicht schriftlich festgelegt war. Denn gerade bei der (wohl die Regel darstellenden) Globalerklärung weiss der Kunde ja gar nicht, dass er einer (AGB-)Regelung zu widersprechen hat, somit kann man meines Erachtens von ihm nach Treu und Glauben auch nicht verlangen, dass er eine Form, nämlich die Schriftform, für seine Vereinbarung einhalte. Diese Regel scheint vielmehr nur dann sinnvoll zu sein, wenn die AGB mittels *Vollerklärung*⁷² in den Vertrag einbezogen worden sind⁷³.

46.3. Das deutsche AGB-Gesetz

§ 4 ABGB lautet: «Individuelle Vertragsabreden haben Vorrang vor Allgemeinen Geschäftsbedingungen». Damit wurde der in Rechtsprechung⁷⁴ und Lehre⁷⁵ anerkannte Grundsatz ins Gesetz aufgenommen; an der Rechtslage änderte sich im Prinzip nichts. Das heisst aber auch, dass § 4 ABGB nur den Grundsatz festlegt und für die heiklen Abgrenzungsfragen keine Lösung bringt.

Unbestritten ist, dass nicht nur mündliche, sondern auch konkludente Einzelabreden zur Verdrängung von AGB-Bestimmungen führen können⁷⁶. Ebenso unbestritten ist aber auch, dass Ausnahmen aufgrund der Umstände des einzelnen Falles möglich sein sollen⁷⁷. Da nun das Gesetz an diesen Abgrenzungen nichts geändert hat und Einzelfragen nicht beantwortet, gibt es

69 Ebd., N. 494. SCHULER begründet dieses Resultat mit der Annahme eines «konkludenten Widerrufs der (Schriftform-)Klausel», S. 122, m. Nachweisen.

70 Ebd., N. 476.

71 Ebd.

72 Vorn 12.22.

73 Nicht so weit geht SCHULER; er will die Regel auch bei Globalübernahme, allerdings nur «äusserst zurückhaltend», anwenden (S. 122).

74 U.a. BGHZ 52 30,35.

75 Erstmals RAISER, AGB (1935), S. 230 ff.

76 BGHZ 50 200.

77 So schon RAISER, AGB, S. 234.

auch für die schweizerische Lehre keinen Anlass zur Überprüfung ihrer Ergebnisse⁷⁸.

Ungelöst ist nach wie vor auch die Streitfrage, ob es sich bei diesem «Vorrang der Individualabrede» (so der Randtitel zu § 4 AGBG) um eine normenhierarchische Abstufung⁷⁹ handle oder um einen Auslegungsgrundsatz, dessen Aufnahme ins AGBG nur klarstellende Bedeutung habe. SCHMIDT-SALZER argumentiert mit der «Ergänzungsfunktion» der AGB: Diese seien vorerst «blosse *Regelungsentwürfe*, die sich dem jeweiligen Individualvertrag einpassen sollen und erst innerhalb des betreffenden Individualvertrages rechtlich wirksam werden»⁸⁰.

AGB dienen zudem nur der Ausgestaltung von Einzelabreden; sie seien insofern akzessorisch. Daraus folge schliesslich, dass sie als *rangniedriger* zu betrachten seien⁸¹.

Anderer Ansicht ist ULMER. Mit § 4 AGBG sollten nicht Vertragsbestandteile unterschiedlichen Ranges «nach Art einer Normenhierarchie» geschaffen werden. Vielmehr sei der Vorranggrundsatz von § 4 als *Auslegungsregel* zu betrachten. Damit werde gesetzlich fixiert, dass die Einbeziehung von AGB nur insoweit als gewollt zu betrachten sei, als die Parteien nichts anderes besonders vereinbart hätten. Man könne aber auch von der Verdrängung der generellen durch die spezielle Vertragsbestimmung sprechen⁸².

Der Unterschied zwischen diesen beiden Ansichten wird u.a. bedeutsam, wenn eine Einzelvereinbarung, die im Widerspruch zum AGB-Inhalt steht, nachträglich wegfällt. Nach ULMER gilt dann die vorher zwar gültig bestehende, aber nicht anwendbare AGB-Klausel⁸³. Nach SCHMIDT-SALZER erlangt der AGB-Inhalt, soweit er mit der Einzelvereinbarung kollidiert, überhaupt nie Geltung⁸⁴. Zwangsläufig könnte dann nach dem Wegfall der Einzelvereinbarung (z.B. durch Aufhebungsvertrag) nicht plötzlich doch der AGB-Inhalt Geltung erlangen (er sollte ja «akzessorisch» sein). In diesem Fall würde keine vertragliche Bestimmung bestehen; es müsste vielmehr auf dispositives Recht⁸⁵ oder andere Rechtsquellen zurückgegriffen werden. Diese Streitfrage ist im folgenden mit Blick auf das Arbeitsrecht zu behandeln.

78 Dass die deutsche Lehre und Rechtsprechung in die Schweiz übernommen wurden, ist offensichtlich; vgl. z.B. die Hinweise bei SCHÖNENBERGER/JÄGGI, N. 492 zu Art. 1 OR auf RAISER und STAUDINGER, bei SCHULER auf RAISER, SCHMIDT-SALZER und HELM usw.

79 U.a. SCHMIDT-SALZER, AGB 2. A., S. 120 f.

80 So noch ausdrücklich in der 1. Auflage (AGB, 1971), S. 58.

81 SCHMIDT-SALZER, AGB 2. A (1977), S. 120 f.: «§ 4 AGB-Gesetz erkennt dieses Rangverhältnis ausdrücklich an.»

82 ULMER, AGB-Kommentar, N. 7 zu § 4 AGBG.

83 Ebd., N. 27 zu § 4.

84 SCHMIDT-SALZER, AGB (2. A.), S. 122.

85 ULMER, AGB-Kommentar, N. 27 zu § 4.

46.4. *Besonderheiten des Arbeitsrechts*

Angesichts der Vielfalt der Stufen in der arbeitsrechtlichen Normenhierarchie wäre die Bildung einer eigenen Stufe für AAB keine aufsehenerregende Schöpfung. Immerhin ist davon auszugehen, dass auch AAB aufgrund vertraglicher Einigung Geltung erlangen. Mit dem in Rechtsprechung und Lehre anerkannten Grundsatz des *Vorranges der Einzelvereinbarung* (gegenüber den hierarchisch gleichgeordneten AGB) gelingt es nun ohne weiteres, das gleiche Resultat zu erzielen wie mit einer hierarchisch unterschiedlichen Einstufung. Dazu kommt nun aber der von ULMER⁸⁶ erwähnte Vorteil des Gleichordnungsprinzips: Fällt eine Einzelvereinbarung nachträglich dahin, dann ist die (schon bisher gültige, aber auslegungsmässig «hinter» der Einzelvereinbarung stehende) AGB-Klausel anzuwenden.

Dieser Vorteil ist meines Erachtens für das Arbeitsrecht ausschlaggebend. Hier kommt es darauf an, ausserhalb einzelner Vereinbarungen eine *einheitliche Ordnung* zu schaffen. AAB haben, wie schon mehrfach erwähnt, u.a. die Aufgabe, den Arbeitnehmer in die arbeitsteilige Organisation einzugliedern. Dieser Aufgabe vermögen sie meines Erachtens aber nicht gerecht zu werden, wenn man ihnen – wie SCHMIDT-SALZER den AGB – bloss akzessorischen Charakter zubilligt. AAB werden ihrer Funktion gemäss von den Vertragsparteien – so ist es jedenfalls rechtlich zu vermuten – als vollumfänglich gültige Ordnung in den Vertrag einbezogen; sie sollen jedoch nur dann (aber immer dann) zur Anwendung kommen, wenn keine anderslautende Einzelvereinbarung besteht.

Im übrigen ergeben sich für AAB keine Besonderheiten gegenüber AGB. Auch hier müssen mündliche und selbst durch konkludentes Verhalten abgeschlossene Einzelvereinbarungen gegenüber der vorbereiteten Vertragsordnung den Vorrang haben.

4.7. *Ablösung durch neue AAB*

47.1. *Änderungsvertrag*

Da die Geltung von AAB auf vertraglicher Grundlage beruht, bestimmt sich notwendigerweise auch ihre Abänderbarkeit nach den Regeln des Vertragsrechts. Aus der in Art. 19 OR festgelegten Vertragsinhaltsfreiheit folgt ohne weiteres die Zulässigkeit des *Änderungsvertrags*⁸⁷.

⁸⁶ AGB-Kommentar, N. 27 zu § 4 AGBG.

⁸⁷ VON TUHR/PETER, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. I, Zürich 1979 S. 247.

Problematisch sind somit einzig diejenigen Fälle, in welchen über die Änderung der AAB eine vertragliche Einigung nicht zustandekommt. Streitig ist dabei insbesondere die Frage der Zulässigkeit von Massenänderungskündigungen sowohl durch den Arbeitgeber als auch durch die Arbeitnehmer.

47.2. *Änderungskündigung durch den Arbeitgeber*

Seit einem Entscheid des Bundesgerichts aus dem Jahre 1921⁸⁸ wurde die grundsätzliche Zulässigkeit der Arbeitgeber-Massenänderungskündigung nach schweizerischem Recht nie ernsthaft in Frage gestellt⁸⁹. Gemäss einem Urteil des Gewerbegerichts (Arbeitsgericht) Zürich aus dem Jahre 1972 ist es beiden Vertragsparteien unbenommen, das Recht der Kündigung völlig willkürlich auszuüben; ein Rechtfertigungsgrund sei nicht notwendig⁹⁰.

In Deutschland ist diese Frage heftig umstritten. SÄCKER will die Gültigkeit einer vom Arbeitgeber vorgenommenen kollektiven Änderungskündigung von der Zustimmung der Gewerkschaften abhängig machen. Er begründet dies damit, dass eine solche Kündigung in Wahrheit als Kampfmassnahme zu bewerten sei; sie müsste demzufolge arbeitskampfrechtlichen Beurteilungsmassstäben unterworfen werden⁹¹. Die Beteiligung der gegnerischen Koalition insbesondere beim Abbau übertariflicher Leistungen ergebe sich aus der «den Koalitionen gemeinsam zugewiesenen Aufgabe, die Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen zu wahren und zu fördern»⁹². Der Arbeitgeber habe dafür einen «Anspruch gegen die Gewerkschaften auf umgehende Aufnahme ernsthafter Verhandlungen zur tariflichen Regelung seiner Wünsche»⁹³.

Anderer Ansicht sind insbesondere ZÖLLNER und CANARIS. Zwar will ZÖLLNER nicht um jeden Preis die Massenänderungskündigung aus dem Begriff des Arbeitskampfes ausklammern. Selbst wenn man sie als Form des Arbeitskampfes betrachte, müsse sie aber *zulässig* sein⁹⁴. Die Begründung ergebe sich aus den Konsequenzen, die ein Verbot der Massenänderungskündigung nach sich zöge: Der Arbeitgeber wäre gezwungen, einen Firmentarifvertrag herbeizuführen, was eine «kollektive und zwingende partikulare Ordnung» zur Folge hätte⁹⁵. Damit würde der wirtschaftsordnende Sinn des überbetrieblichen

88 BGE 47 II 295.

89 ZWEIFEL, Der wilde Streik, Bern 1977, S. 94.

90 ZR 1975 Nr. 71, S. 217. Zur rechtsmissbräuchlichen Kündigung s. aber REHBINDER, Arbeitsrecht, S. 101.

91 SÄCKER, S. 371 ff., 510.

92 Ebd., S. 393.

93 Ebd., S. 399.

94 ZÖLLNER, Der Abbau einheitsvertraglicher Arbeitsbedingungen im nicht tariflich gesicherten Bereich, in: Recht der Arbeit 1969, S. 250–256 (256).

95 Ebd., S. 254.

Gesamtarbeitsvertrages («Verbandstarifvertrag») aus den Angeln gehoben, der unter anderem darin bestehe, für einheitliche Mindestbedingungen auch aus Konkurrenzgründen zu sorgen⁹⁶. Der Schutz des Arbeitnehmers vor ungerechtfertigten Massenänderungskündigungen sei mit den Normen des gesetzlichen Kündigungsschutzes (KSchG §§ 1 und 2 sowie § 18) hinreichend gewährleistet⁹⁷.

Auch CANARIS erachtet diesen Schutz als genügend. Zudem wendet er sich gegen SÄCKER's Ansicht, wonach den Gewerkschaften ein Anspruch auf formelle Mitgestaltung der übertariflichen Arbeitsbedingungen zukomme. Die Gewerkschaften könnten und sollten ihren Einfluss auf die Gestaltung der effektiven Arbeitsbedingungen vielmehr durch tarifliche Absicherung geltend machen und zu diesem Zweck allenfalls streiken. Für den Arbeitgeber stelle die Änderungskündigung (in Verbindung mit dem Angebot zum Änderungsvertrag) das richtige Mittel zum Abbau Allgemeiner Arbeitsbedingungen dar⁹⁸.

Für das schweizerische Recht rechtfertigt diese Diskussion kaum eine Überprüfung bestehender Positionen. Insbesondere die Argumente SÄCKER's erscheinen zu wenig stichhaltig, um die bundesgerichtliche Rechtsprechung in Bewegung zu setzen. An der Zulässigkeit der Massenänderungskündigung durch den Arbeitgeber ist damit auch im schweizerischen Recht wohl oder übel festzuhalten.

47.3. *Änderungskündigung durch die Arbeitnehmer*

Im erwähnten Entscheid des Arbeitsgerichts Zürich (vorn 47.2.) wurde beiden Vertragsparteien das Recht zugestanden, die Kündigung auch kollektiv vorzunehmen⁹⁹. Nach SCHLATTER bietet das geltende Recht keine Handhabe, Einzelhandlung und Kollektivhandlung rechtlich verschieden zu behandeln¹⁰⁰; er stützt sich dabei auf einen älteren Bundesgerichtsentscheid¹⁰¹. Nach ZWEIFEL ergibt sich die Befugnis, vom Individualrecht der Kündigung auch kollektiv Gebrauch zu machen, aus der Entscheidungsfreiheit des einzelnen im Bereich der freien Persönlichkeitsentfaltung sowie aus dem Grundsatz der Freiheit der Wahl der Arbeitskampf-Mittel¹⁰².

Die Grenzen des kollektiven Kündigungsrechts ergeben sich nach herrschender Lehre aus dem gesetzlichen sowie gesamtarbeitsvertraglichen *Kündigungsschutz*¹⁰³. Meines Erachtens ist der Schutz nach Art. 336 f und g OR

96 Ebd., S. 255.

97 ZÖLLNER, Abbau, S. 255 und ZÖLLNER, Arbeitsrecht, S. 275.

98 CANARIS, RdA 1974, S. 25.

99 ZR 1975, Nr. 71, S. 217.

100 SCHLATTER, Zum Begriff des Arbeitskonflikts, Diss. Bern 1950, S. 29.

101 BGE 25 II 802.

102 ZWEIFEL, S. 97.

103 Ebd., S. 98 f. mit Hinweisen. Die Berufung auf Art. 2 Abs. 2 ZGB sei nicht zweckmässig; so auch MERZ, Berner Kommentar, Einleitungsband, 1966 N. 317 zu Art. 2 ZGB.

eher rudimentär; die Ausdehnung mittels GAV auf weitere Gebiete (neben dem Verbot der Kündigung wegen Militärdienstes), wie sie ZWEIFEL vorschlägt, dürfte aber überwiegend den Schutz des Arbeitnehmers betreffen und somit gegen Änderungskündigungen des Arbeitgebers gerichtet sein.

Ergiebiger als die Berufung auf das Kündigungsschutzrecht ist meines Erachtens das Argument, die Einschränkung der Zulässigkeit von Massenänderungskündigungen ergebe sich aus der *Gefahr der Umgehung der tarifrechtlichen Friedenspflicht*. Dabei steht fest, dass eine gewerkschaftlich unterstützte Massenänderungskündigung unzulässig sein muss. Die Friedenspflicht verbietet nämlich der Gewerkschaft jedes Verhalten, welches die Friedens- und Ordnungsfunktion eines GAV stören könnte¹⁰⁴. Dies gilt sowohl für tarifbezogene als auch für einzelvertragliche Regelungsziele¹⁰⁵.

Dieser Friedenspflicht sind aber nur die Gewerkschaften unterworfen und nicht auch ihre Mitglieder oder die Aussenseiter¹⁰⁶. Einzelne Arbeitnehmer können die kollektive Friedenspflicht durch arbeitskampfähnliche Massnahmen, wie sie die Massenänderungskündigung darstellt, somit auch nicht umgehen. Dennoch ist nicht jede aussergewerkschaftliche Massenänderungskündigung zulässig. Mit ZWEIFEL ist hier auf das Regelungsziel abzustellen: Zulässig können nur einzelvertragliche Regelungsziele sein¹⁰⁷. Mit einer tarifbezogenen Massenänderungskündigung wird nämlich das *kollektive Regelungsmonopol der Gesamtarbeitsvertragsparteien* beeinträchtigt, sei es durch Druckausübung im Hinblick auf den Abschluss eines günstigeren GAV oder durch inhaltlichen Eingriff in den kollektiven Regelungsbereich¹⁰⁸.

4.8. AAB und dispositives Recht

48.1. Problematik

Ausgangspunkt ist der vorn (12.51) erwähnte Grundsatz, dass dispositives Recht dann nicht gilt, wenn eine abweichende Vereinbarung getroffen wurde. Fraglich ist nun, ob AAB in jedem Fall als eine solche abweichende Vereinbarung zu betrachten sind. Nicht immer sind AAB nämlich vom Willen der Parteien getragen¹⁰⁹, was aber nach u.a. in Deutschland

104 Ebd., mit Nachweisen.

105 Ebd.

106 Ebd., S. 100 mit Nachweisen.

107 Ebd.

108 Ein solcher Eingriff wäre die Massenänderungskündigung mit dem Ziel, die gesamtarbeitsvertraglichen Mindestlöhne zu erhöhen, nicht jedoch eine solche mit dem Ziel, die Effektivlöhne hinaufzusetzen; so ZWEIFEL, S. 100.

109 Siehe dazu die Ausführungen zur Einbeziehung der AAB in den Vertrag durch Globalerklärung (vorn 12.21.).

verbreiteter Ansicht für eine gültige Derogation des dispositiven Rechts vorauszusetzen ist¹¹⁰.

Eine Besonderheit der AAB gegenüber AGB besteht darin, dass im Arbeitsrecht nicht nur dispositives Gesetzesrecht, sondern eine ganze *Hierarchie dispositiven Rechts* der Wegbedingung durch vorbereitete Vertragsordnungen ausgesetzt ist. In dieser Hierarchie stehen die dispositiven Normativbestimmungen des Gesamtarbeitsvertrags zu oberst; es folgen die dispositiven Bestimmungen der Betriebsordnung, dann die Bestimmungen des Normalarbeitsvertrags und schliesslich die dispositiven Normen des Gesetzes¹¹¹. Diese Vielfalt dispositiven Rechts widerlegt meines Erachtens die vorn (12.51) erwähnte Ansicht ZÖLLNER's, im Arbeitsrecht seien dispositive Bestimmungen kaum vorhanden.

Selbstverständlich ist anzuerkennen, dass etwa Gesamtarbeitsverträge vor allem einseitig zwingende Regelungen enthalten, die dem Arbeitnehmer Mindestansprüche gewähren. Zur Disposition der Einzelvertragsparteien stehen aber nicht selten formelle Arbeitsbedingungen; am häufigsten wohl Bestimmungen über Kündigung und Probezeit¹¹². Bei materiellen Arbeitsbedingungen dagegen stellt die Abdingbarkeit durch Einzelvereinbarung die grosse Ausnahme dar¹¹³.

Es wird zu prüfen sein, ob das dispositive Recht aller Stufen insgesamt den AAB gegenüberzustellen ist oder ob sich eine Differenzierung aufdrängt. Eine solche ist nicht zum vornherein auszuschliessen, denn das dispositive Recht jeder der erwähnten Stufen beruht auf einer eigenen Rechtsquelle und hat eine besondere Zweckbestimmung. Je nach Gerechtigkeitsgehalt und Richtigkeitsgewähr bestimmt sich sein Verhältnis zu den Allgemeinen Arbeitsbedingungen.

48.2. *AGB und dispositives Recht*

Die Verdrängung dispositiven Rechts durch vorbereitete Vertragsordnungen ist dann besonders bedenklich, wenn bei der verdrängten Norm das «Element inhaltlicher Gerechtigkeit»¹¹⁴ gegenüber dem wertneutralen, ordnen-

110 Vorn 12.51. mit Hinweis auf BIEDENKOPF, Wirtschaftliche Macht, S. 122.

111 REHBINDER, Arbeitsrecht, S. 30.

112 Z.B. im Kader-Rahmenvertrag 1976–1980 des Schweizerischen Bauhauptgewerbes (Art. 17) oder im Gesamtarbeitsvertrag für das Schweizerische Bäcker- und Konditoren-gewerbe (gültig ab 1. 1. 79; Art. 3 Abs. 4 und Art. 4 Abs. 3).

113 Als seltenes Beispiel ist Art. 52 Ziff. 7 des Landes-GAV des Gastgewerbes vom 6. 4. 1976 zu erwähnen: «Beim umsatzentlohnten Bedienungspersonal in Kleinbetrieben können im schriftlichen Einzelarbeitsvertrag auf ausdrücklichen Wunsch des Arbeitnehmers höhere wöchentliche Arbeitszeiten als 54 Stunden vereinbart werden. Diese gelten dann nicht als Überstunden.»

114 Zu den verschiedenen Arten dispositiven Gesetzesrechts siehe vorn 12.53.

den Element ¹¹⁵ überwiegt ¹¹⁶. Dass gegen die Ausschaltung dieses qualifizierten Interessenausgleichs eine rechtliche Handhabe notwendig ist, wird kaum bestritten. Mit SCHÖNENBERGER/JÄGGI ist festzuhalten, dass das Verhältnis zwischen dispositivem Recht und vorbereiteten Vertragsordnungen der Klarstellung bedarf ¹¹⁷. Ebenso unübersehbar ist jedoch, dass in der Schweiz weder der Gesetzgeber noch die Rechtsprechung diese Klarstellung vorgenommen haben. Die Folge ist eine «erhebliche Rechtsunsicherheit» ¹¹⁸.

In der Literatur fehlt es nicht an Lösungsversuchen. BUCHER zieht in Erwägung, je nach Gerechtigkeitsgehalt der dispositiven Norm deren Wegbedingung als «eventuell unwirksam» zu betrachten, wenn diese Wegbedingung nicht durch *individuelle* Vereinbarung erfolgt. Im gleichen Sinne soll nach SCHÖNENBERGER/JÄGGI bei bloss *globaler Übernahme* eine dem dispositiven Recht widersprechende Regel nur dann gelten, «wenn sie sich mit der Eigenart des Einzelvertrages oder des betreffenden Vertragstyps begründen lässt» ¹²⁰. MERZ erachtet es als angezeigt zu verlangen, «dass der Kunde von seine gesetzlichen Rechte einschränkenden AGB (...) beim Vertragsschluss sichere Kenntnis besitzt oder besondere Gelegenheit erhält, sie zur Kenntnis zu nehmen» ¹²¹.

48.3. Schlussfolgerungen für AAB

Zweifellos will die h.L. nicht ohne weiteres zulassen, dass dispositives Recht durch vorbereitete Vertragsordnungen verdrängt wird. Indessen ist nicht zu verkennen, dass durch die den AGB zu setzenden Schranken am Prinzip, nämlich der Möglichkeit der Derogation, nichts geändert werden soll. Von einer Relativierung der Stellung dieser Rechtsquellen in der Hierarchie kann demzufolge nicht die Rede sein.

Es soll vielmehr lediglich die *Geltung* der AGB (also die wirksame Einbeziehung in den Vertrag) sowie die Ausübung der aus ihnen fliessenden Rechte beschränkt werden unter Berufung etwa auf den Grundsatz von Treu und Glauben ¹²² (Art. 2 Abs. 1 ZGB) oder auf Rechtsmissbrauch ¹²³ (Art. 2 Abs. 2 ZGB). Gestützt auf das Vertrauensprinzip lässt sich die Geltung von

115 Damit bezweckt die Norm, den vermuteten Parteiwillen gesetzlich festzulegen; sie beansprucht insofern aber nicht, materiell besser zu sein als eine andere Ordnung (BUCHER, Ausschluss, S. 267).

116 BUCHER, Ausschluss, S. 267.

117 SCHÖNENBERGER/JÄGGI, N. 505 zu Art. 1 OR.

118 Ebd., N. 508 zu Art. 1 OR.

119 BUCHER, Ausschluss, S. 267 FN 36.

120 SCHÖNENBERGER/JÄGGI, N. 508 zu Art. 1 OR.

121 MERZ, Massenvertrag, S. 328 f.

122 III. Teil 54.25.

123 III. Teil 54.26.

AGB beschränken, so z.B. durch die sog. Ungewöhnlichkeitsregel¹²⁴. Dabei dient das dispositive Recht regelmässig als *Massstab* für die richterliche Kontrolle, sei es zur Beurteilung des gegen Treu und Glauben verstossenden Verhaltens, des rechtsmissbräuchlichen Verhaltens oder als Massstab für die Beurteilung des Ungewöhnlichen. Das dispositive Recht wird aber nicht an sich in der Hierarchie den AGB übergeordnet.

Das gleiche muss auch im Arbeitsrecht gelten. Gerade Normalarbeitsverträge oder dispositive Regeln in Gesamtarbeitsverträgen sind ihrer Funktion gemäss nur gültig, wenn nicht eine speziellere, d.h. betriebsangepasste Regelung besteht. Dass dabei *betriebseinheitliche* Regelungen getroffen werden, widerspricht dem Sinn dieser Rechtsquellen nicht, im Gegenteil: die Ordnungsfunktion etwa des Gesamtarbeitsvertrags kann dadurch noch unterstützt werden.

Wie bei AGB sind dieser Derogation aber Grenzen zu setzen. Dazu ist das dispositive Recht aller Arbeitsrechtsquellen als Massstab heranzuziehen (zur richterlichen Inhaltskontrolle s. 3. Teil, 5.4.).

4.9. Zusammenfassung

AAB weisen funktionelle Gemeinsamkeiten mit Kollektivvereinbarungen auf. Sie unterscheiden sich von diesen aber durch das Fehlen der normativen Wirkung und kommen deshalb der formlosen Tarifabsprache am nächsten. Im *Verhältnis zwischen AAB und Gesamtarbeitsvertrag* muss das *Günstigkeitsprinzip*, nicht das Ordnungsprinzip gelten, so dass AAB durch nachfolgenden Gesamtarbeitsvertrag, soweit dieser für einzelne Arbeitnehmer ungünstigere Bedingungen enthält, nicht verdrängt werden. Dies ergibt sich insbesondere aus der Schutzfunktion des Gesamtarbeitsvertrages.

Ebenso ist dem *Günstigkeitsprinzip im Verhältnis zwischen AAB und Betriebsordnung* der Vorrang einzuräumen. Auch hier ist die Abänderbarkeit durch eine ungünstigere Betriebsordnung auszuschliessen.

Durch die Regelung von *Art. 38 Abs. 2 ArG* wird die vereinbarte Betriebsordnung gegenüber Allgemeinen Arbeitsbedingungen sinnwidrig benachteiligt. Deshalb hat diese Norm meines Erachtens *keine Existenzberechtigung*; zu streichen ist der Satzteil: «...jedoch nur soweit, als ihr Gegenstand in dem Bereich, dem der Betrieb angehört, nicht üblicherweise durch Gesamtarbeitsvertrag oder durch andere kollektive Vereinbarung geregelt wird.»

Einzelvereinbarungen haben gegenüber AAG den *Vorrang*. Dieser Vorrang ist aber nicht als hierarchische Überordnung zu verstehen, sondern als Prioritätsgrundsatz für die Auslegung zweier konkurrierender Rechtsquellen

gleicher Stufe. Dies hat insbesondere zur Folge, dass bei Wegfall einer Einzelvereinbarung nicht dispositives Recht gilt, sondern die Allgemeinen Arbeitsbedingungen.

Die Ablösung durch neue AAB ist unproblematisch, wenn über die Änderung ein Konsens zustande kommt. Fehlt eine Einigung, dann besteht für Arbeitgeber wie Arbeitnehmer die Möglichkeit der *Massenänderungskündigung*. Diese ist *zulässig*, soweit nicht das kollektive Regelungsmonopol der Gesamt-arbeitsvertragsparteien beeinträchtigt wird.

Die *Verdrängung dispositiven Rechts* durch AAB muss grundsätzlich zulässig sein. Insofern stehen AAB über dem dispositiven Recht. Ihre Geltung ist aber soweit zu beschränken, als sie den durch das dispositive Recht angestrebten Interessenausgleich stören. Dies ist eine Frage des Schutzes vor unangemessenen AAB (dazu hinten 3. Teil).

5. Auslegung der AAB

5.1. Individuelle oder generelle Auslegung

Betrachtet man AAB als Zwittergebilde, nämlich als rechtsgeschäftliche Normen¹, dann schuldet man auch eine Antwort auf die Frage, ob AAB wie Verträge oder aber wie Gesetze auszulegen seien. Nach den Grundsätzen der Vertragsauslegung sind nämlich die individuellen Umstände des einzelnen Vertragsabschlusses für die Sinnermittlung des Vertragsinhaltes zu berücksichtigen², bei der Gesetzesauslegung dagegen kommt es allein auf den objektiven Sinn der Norm an: «Das Gesetz hat für alle den gleichen Sinn, die rechtsgeschäftliche Erklärung nicht»³.

Die Frage der Auslegung von AGB wurde durch Rechtsprechung und Lehre des In- und Auslandes kontrovers beantwortet. Der Grund dürfte darin liegen, dass für die einen die vertragliche Geltung, für die anderen die gesetzesähnliche Wirkung der AGB im Vordergrund steht.

5.2. Auslegung von AGB

52.1. Einheitliche Auslegung

Nach deutscher Rechtsprechung und herrschender Lehre sind AGB einheitlich, also unabhängig von den individuellen Umständen auszulegen. Es

1 S. vorn 11.4.

2 Zum Vertrauensprinzip s. SCHÖNENBERGER/JÄGGI, N. 188 ff. zu Art. 1 OR.

3 MERZ, Berner Kommentar, N. 57 zu Art. 2 ZGB. Zur Gesetzesauslegung s. auch MEIER-HAYOZ, Berner Kommentar, N. 144 zu Art. 1 ZGB.

komme auf den Willen «verständiger und redlicher Vertragspartner» an und es seien die «Interessen der an Geschäften dieser Art normalerweise beteiligten Kreise» gegeneinander abzuwägen⁴. Für den wirklichen Willen der konkreten Parteien (nach § 133 BGB) sei dagegen kein Raum⁵.

Begründet wird dies mit dem Massencharakter und der Gesetzesähnlichkeit der AGB sowie mit der fehlenden Einflussnahme des Kunden auf ihren Inhalt⁶. Zudem wird geltend gemacht, der legitime Rationalisierungszweck der AGB sei nur bei einheitlicher Auslegung zu erreichen⁷.

Andererseits hatte schon RAISER darauf hingewiesen, dass diese Objektivierung nicht zur Gleichstellung mit der Gesetzesauslegung führen dürfe. Dies ergebe sich aus der beschränkten Verständigungsmöglichkeit des Vertragspartners⁸ sowie aus der Tatsache, dass nicht der Gesetzgeber die Norm geschaffen habe⁹. Er erachtet es aber als gerechtfertigt, von «gesetzesnaher Auslegung» zu sprechen¹⁰.

52.2. Individuelle Auslegung

Dieser Grundsatz der einheitlichen, objektiven Auslegung wird nun von der schweizerischen Rechtsprechung und Lehre fast einmütig abgelehnt. Nach Auffassung des Bundesgerichts bedeutet Auslegung von AGB nichts anderes als Auslegung des Vertrags¹¹. Die Lehre anerkennt zum Teil wohl die Tatsache, dass «die AGB eine typische und nicht eine individuelle Regelung anstreben»¹². Dies rechtfertige aber nicht eine Auslegung ohne Rücksicht auf die Umstände des Einzelvertrages¹³. Bewusst wird in Kauf genommen, dass damit die selben AGB als Inhalt verschiedener Verträge möglicherweise unterschiedlich auszulegen sind, «so z.B. dann, wenn der eine Vertrag mit einem

4 So u.a. BGHZ 33 216; 22 90.

5 LARENZ, Schuldrecht I, 11. A (1976) S. 72.

6 ULMER, AGB-Kommentar, N. 7 zu Art. 5 AGBG.

7 Ebd.

8 Für die Auslegung von AGB sei nur «der dem Kundenkreis erkennbare Sinn» massgebend; auf Materialien und Entstehung der Bestimmung komme es, anders als bei der Auslegung des Gesetzes, nicht an (RAISER, AGB, S. 253 f.).

9 «Dem Unternehmer kommt gegenüber seinem Kunden niemals die Würde zu, die der Gesetzgeber gegenüber den Rechtsgenossen für sich beanspruchen darf» (ebd., S. 253), denn das Gesetz diene der Idee der Gerechtigkeit, während AGB damit oft wenig zu tun hätten. Der Richter brauche deshalb bei der Auslegung von AGB «keine starre Wortinterpretation zu treiben», er habe sich an den vernünftigen Gehalt, nicht an den Buchstaben zu halten (ebd., S. 255).

10 Ebd., S. 253.

11 Schon BGE 49 II 195; später BGE 82 II 452; neuerdings im Ergebnis BGE 93 II 311, 100 II 153.

12 MERZ, Kommentar, N. 171 zu Art. 2 ZGB.

13 Ebd., Gl. A.; SCHÖNENBERGER/JÄGGI, N. 490 zu Art. 1 OR; neuestens BAUER, S. 48 ff., LÖRTSCHER, S. 108 f.

Kunden der gleichen Branche abgeschlossen wurde, der andere mit einem geschäftsunerfahrenen Gelegenheitskunden»¹⁴. Bedauerlicherweise wird aber nicht ausgesprochen, dass damit der Rechtsprechung die faktische Breitenwirkung doch weitgehend abhanden kommt, indem die ohnehin seltenen AGB-Urteile nur unter Vorbehalten oder überhaupt nicht auf andere Streitfälle zu übertragen sind.

Nur wenige Autoren begründen das Festhalten an der individuellen Auslegung¹⁵. Zuweilen wird einzig angeführt, nach schweizerischer Rechtsauffassung stehe nicht der gesetzesähnliche Charakter der AGB, sondern ihr Charakter als Vertragsbestandteil im Vordergrund¹⁶. Tiefer geht nun HUG mit seinem Vergleich zwischen der Auslegung von AGB, Gesamtarbeitsverträgen und Vereinsstatuten. Entscheidend sei, dass bei AGB – im Gegensatz etwa zum GAV – die Rechtsordnung den Privatpersonen keine Befugnis verleihe, generelle Regeln in abstrakter Formulierung aufzustellen: «Ohne gesetzliche Ermächtigung gibt es kein «selbstgeschaffenes Recht der Wirtschaft» und keine Unterwerfung des Einzelnen unter die von einem Unternehmen oder einem Verband vorgeformte, bereitliegende «Vertragsordnung»»¹⁷.

Damit soll also der *tatsächlichen* privaten Rechtsetzung die *rechtliche* Anerkennung wenigstens teilweise versagt bleiben; ihre generelle, gesetzesähnliche Wirkung soll von Staates wegen jedenfalls nicht gefördert werden. Hier stellt sich nun allerdings die Frage, ob damit den Interessen der von dieser privaten Rechtsetzung Betroffenen wirklich am besten gedient ist. Die fehlende Breitenwirkung der AGB-Urteile ist jedenfalls ein schwerwiegender Nachteil individueller Auslegung.

Andererseits liegt es auf der Hand, dass mit der individuellen Auslegung im Einzelfall die Interessen des Kunden besser berücksichtigt werden können. Dies gibt für MERZ den Ausschlag zugunsten der individuellen Auslegung: «Da die AGB nicht selten die Möglichkeit einseitiger Gestaltung bis an die Grenzen des gesetzlich Zulässigen ausnützen, sind bei nicht ganz eindeutiger Formulierung allfällige subjektive Gegebenheiten zugunsten der andern Partei zu würdigen»¹⁸.

Damit ist klar ausgesprochen, dass die individuelle Auslegung der AGB deren Inhaltskontrolle im Einzelfall ermöglichen soll. Zur Sinnermittlung tritt dann die Interessenabwägung. Da das (Schweizerische) Bundesgericht eine

14 SCHÖNENBERGER/JÄGGI, N. 490 zu Art. 1 OR.

15 Keine Begründung liefern u.a. SCHÖNENBERGER/JÄGGI (N. 489 f. zu Art. 1 OR), BAUER (S. 48).

16 Z.B. LÖRTSCHER, S. 108.

17 W. HUG, Zur Auslegung von allgemeinen Geschäftsbedingungen, Verbandssatzungen und Tarifverträgen nach deutschem und schweizerischem Recht, in: Ausgewählte Abhandlungen zum Arbeits- und Wirtschaftsrecht, Bd. I, Bern 1978, S. 399–439 (438).

18 MERZ, Kommentar, N. 171 zu Art. 2 ZGB.

«offene» Inhaltskontrolle, vor allem eine Billigkeitskontrolle, bisher nicht vorgenommen hat¹⁹, ist es verständlich, ja fast unvermeidlich, dass u.a. auf dem Weg der Auslegung die ärgsten Missbräuche einseitig eigennütziger AGB korrigiert werden. Unter diesem Aspekt ist die individuelle Auslegung tatsächlich ergiebiger und zweckmässiger als die einheitliche. Könnte der Auslegungsvorgang hingegen von der Last der (indirekten) Inhaltskontrolle befreit werden, dann würde sich die individuelle Auslegung zweifellos weit weniger stark aufdrängen.

52.3. *Ergebnis*

Für die einheitliche Auslegung von AGB sprechen gewichtige Gründe. Sie trägt dem gesetzesähnlichen Charakter der AGB Rechnung und ermöglicht eine gewisse Breitenwirkung der Rechtsprechung. Zudem können AGB nur bei einheitlicher Auslegung ihre Rationalisierungsfunktion optimal erfüllen.

Die individuelle Auslegung ermöglicht eine einzelfalladäquate indirekte Inhaltskontrolle. Besteht hingegen (wie z.B. nach deutscher Rechtsprechung) eine direkte richterliche Kontrolle des AGB-Inhalts auf seine Billigkeit, dann gibt es meines Erachtens kaum Gründe für das Festhalten an der individuellen Auslegung.

5.3. *Besonderheiten der Auslegung von AAB*

Einmal mehr sind die vielfältigen Funktionen der AAB zu berücksichtigen. Sie regeln nicht nur – wie AGB in der Regel – den Austausch von Leistungen, sondern auch die für das Arbeitsverhältnis typische Eingliederung des Arbeitnehmers in die arbeitsteilige Organisation. Hier kann es auf das individuelle Verständnis des Vertragspartners, d.h. des Arbeitnehmers, kaum ankommen, soll die Regelung ihren Zweck noch erfüllen. Soweit AAB koordinierend wirken, ist eine individuelle Auslegung sinnwidrig. Daran kann meines Erachtens selbst das Bedürfnis nach indirekter Inhaltskontrolle nichts ändern.

Besonderheiten bestehen aber auch für die Auslegung von AAB-Regelungen über den Leistungsaustausch. Soweit nämlich mit der einheitsvertraglichen Regelung der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz verwirklicht werden soll, ist eine individuelle Auslegung sinnwidrig. Nur die einheitliche Auslegung kann die angestrebte Einheitlichkeit des Inhalts verwirklichen.

19 Zur Inhaltskontrolle unter dem Aspekt des Schutzes vor einseitiger AGB und AAB sogleich III., Teil, 5.

Mit individueller Auslegung würde dem Arbeitgeber zwar deutlich gemacht, dass er als Quasi-Gesetzgeber vom Richter nicht akzeptiert ist. Am Bedürfnis nach Einheitlichkeit änderte dies aber nichts.

Soweit weder aufgrund der Ordnungsfunktion der AAB noch des Gleichbehandlungsgrundsatzes ein Bedürfnis nach Einheitlichkeit der Vertragsinhalte besteht, ergibt sich meines Erachtens aber auch kein zwingender Grund für einheitliche Auslegung. Vor allem Entgeltregelungen und die übrigen materiellen Arbeitsbedingungen dürften somit in der Regel der individuellen Auslegung zugänglich sein.

Als Ergebnis lässt sich festhalten, dass bei AAB für die Frage der Auslegung die gesetzesähnliche Wirkung von grösserer Bedeutung ist als die vertragliche Geltung. Die angestrebte Einheitlichkeit der Vertragsverhältnisse dient hier nämlich - anders als bei AGB - nicht nur der Rationalisierung. Vielmehr sollen darüber hinaus die Einzelarbeitsverhältnisse *koordiniert* werden. Dieser Koordinierungszweck ist meines Erachtens legitim, haben doch AAB oftmals die Funktion der fehlenden Betriebsverfassung wenigstens teilweise zu übernehmen. Mit konsequent individueller Auslegung würde dies meines Erachtens zu Unrecht vereitelt.

Zusammenfassung

AAB sind im Grundsatz einheitlich auszulegen. Die individuelle Auslegung kommt nur in Frage für AAB-Klauseln, die weder der Ordnung im Betrieb noch der Gleichbehandlung der Arbeitnehmer dienen. Aber auch bei solchen Klauseln ist die individuelle Auslegung meines Erachtens nur als Ersatz für eine richterliche Inhaltskontrolle sinnvoll. Bei Einführung einer Billigkeitskontrolle wäre der individuellen Auslegung meines Erachtens jede Berechtigung genommen.

III. Teil: Schutz vor einseitig eigennützigen AAB

1. Problemstellung

1.1. Schutzbedürfnis

Für MERZ geht es beim Schutz vor missbräuchlichen AAB um kein geringeres Problem als um die Sicherung der Privatautonomie¹. Überzeugend charakterisiert er AGB gemäss ihrer Entwicklung und ihrem Wesen als Fremdkörper im Vertragsrecht².

Diese Sicht der Dinge ist aber keineswegs selbstverständlich. BÜHLER stellt in der Literatur über AGB «einen Hang zur Dramatisierung der Wirklichkeit» fest³. Zwar will auch er nicht bestreiten, dass «viele Durchschnittsverbraucher» durch AGB überfordert seien und dass diese Tatsache häufig hemmungslos ausgenutzt werde. Er lehnt es aber ab, für AGB ein Sonderrecht zu schaffen, um «Erwachsene gegen ihre angebliche Dummheit zu schützen»⁴. Diese Geisteshaltung sei dem Polizeistaat und dem Absolutismus eigen.

Weder bei AGB noch bei AAB ist meines Erachtens aber eine solche Reduktion des Problems zulässig. Unzweifelhaft besteht die *Gefahr* einseitiger Eigennützigkeit, da diese äusserlich dem Gesetz ähnlichen, durch das «take it or leave it» durchgesetzten vorbereiteten Vertragsordnungen weder den Gerechtigkeitsgehalt des Gesetzes noch die (wie auch immer zu definierende) Richtigkeitsgewähr des Vertrages aufweisen. Auch wenn im Arbeitsverhältnis diese Gefahr durch zwingendes Gesetzesrecht und kollektive Interessenwahrnehmung reduziert werden kann, so darf sie dennoch nicht als gebannt gelten. Die Vielfalt und zum Teil auch die Häufigkeit der in meiner Erhebung festgestellten, für den Arbeitnehmer nachteiligen Klauseln belegt meines Erachtens die Notwendigkeit eines rechtlichen Schutzes. Das Arbeitsverhältnis ist zudem durch die existenzielle Verpflichtung des Arbeitnehmers charakterisiert⁵. Umsomehr bedarf hier das selbstgeschaffene Recht der Wirtschaft⁶ einer rechtlichen Beschränkung.

1 MERZ, Privatautonomie, S. 15 ff.

2 MERZ, Massenvertrag, S. 317.

3 BÜHLER, Standardverträge und AGB unter Kaufleuten, insbesondere im internationalen Handelsverkehr, in: SJZ 1976, S. 1-7 (1); mit Verweis insbesondere auf MERZ, Massenverträge und REHBINDER, Inhaltskontrolle.

4 Ebd., S. 3.

5 H. P. WESTERMANN, Sozialmodelle, S. 160.

6 DEUTSCHER BUNDESTAG: Entwurf zum AGBG (Begründung), Drucksache 7/3919, S. 9.

1.2. Zielsetzung des Schutzes

Aus dem soeben Erwähnten ergibt sich ohne weiteres das Ziel, die in der Regel ohnehin schwächere Vertragspartei vor der Gefahr einseitiger Eigennützigkeit von AAB zu schützen. Dazu kommt nun aber ein weiteres. Eine auf Privatautonomie beruhende Rechtsordnung darf Beeinträchtigungen dieses Instituts nicht ohne weiteres akzeptieren. Die Privatautonomie ist somit zu schützen. Zu diesem Zweck braucht es Regelungen, «die zwar formell die Autonomie beschränken, materiell aber ihrer Sicherung zu dienen bestimmt sind»⁷. Der Widerspruch zwischen Beschränkung und gleichzeitiger Sicherung der Privatautonomie ist aber nur ein scheinbarer: Die Freiheit des Arbeitgebers in der Vertragsgestaltung wird zugunsten der Freiheit der Arbeitnehmer eingeschränkt⁸, Vertragsfreiheit somit sozusagen umverteilt.

Dabei ist anzustreben, dass trotz den dazu notwendigen rechtlichen Schranken die vorbereitete Vertragsordnung ihre positiv zu bewertenden Funktionen erfüllen kann. AAB fördern die Gleichbehandlung der Arbeitnehmer und ermöglichen deren Eingliederung in die arbeitsteilige Organisation⁹. Dies kommt den Arbeitnehmern wie dem Arbeitgeber zugute. Es ist nun aber nicht einzusehen, weshalb dieses Instrument der Privatautonomie dem Missbrauch, nämlich der Benachteiligung der anderen Vertragspartei, offenstehen sollte.

1.3. Schutzmöglichkeiten

Als weitestgehende Massnahme wurde ein *Verbot* von AGB in Betracht gezogen. CLEVER erachtet alle anderen Schutzmassnahmen als zu wenig weit gehend¹⁰, ein wirksamer Schutz sei einzig durch Ersatz der AGB durch gesetzliche Regelungen möglich. Kontrollmassnahmen würden sich dann erübrigen, denn AGB wären «samt und anders rechtlich unwirksam»¹¹. Dagegen ist vorerst rechtlich einzuwenden, dass ein generelles Verbot, eine Vielzahl gleichlautender Verträge abzuschliessen, mit der Vertragsfreiheit nicht zu vereinbaren ist. Dies muss auch für das Arbeitsrecht gelten, soweit der Vertrag als Inhaltsgestaltungsmittel zulässig ist¹². Daneben ergeben sich

7 MERZ, Privatautonomie, S. 15.

8 Ebd.

9 Vorn, I. Teil 2.1.

10 Insbesondere die Vorschläge der Arbeitsgruppe beim Bundesminister der Justiz zur Verbesserung des Verbraucherschutzes vor AGB; CLEVER, S. 135–137.

11 Ebd., S. 138.

12 Ebenso KLUGE, Arbeitsrechtliche Probleme im Bereich der freien gemeinnützigen Wohlfahrtspflege – Zugleich ein Beitrag zur Bedeutung und Funktion allgemeiner Geschäftsbedingungen im Arbeitsvertragsrecht und zu betriebsverfassungsrechtlichen Problemen in Tendenzunternehmen, Diss. Bonn 1974, S. 130.

Einwände vor allem aus der Funktion der AGB und AAB. Ein Verbot würde über das Ziel, nämlich den Schutz vor unangemessenen AAB hinausschiessen, indem auch die vorn erwähnten positiven Wirkungen verunmöglicht würden; ein Verbot ist somit als Schutzmassnahme ungeeignet¹³.

Hingegen sind weniger weit gehende gesetzgeberische Massnahmen in Betracht zu ziehen, vor allem der Ausbau des zwingenden Rechts, etwa durch Einführung zusätzlicher Formerfordernisse für den Vertragsschluss. Solche Massnahmen stehen nicht a priori im Widerspruch zum vorn festgelegten Ziel des Schutzes vor AAB.

Neben dem *gesetzlichen* Schutz gewähren folgende Massnahmen eine gewisse Aussicht auf Erfolg:

- a) Die *Kontrolle* durch die *Arbeitnehmervertretung*, welche ein Gegengewicht zur einseitigen Bedingungsstellung durch den Arbeitgeber bilden könnte.
- b) Die *präventive Verwaltungskontrolle*.
- c) Die *richterliche Kontrolle*, und zwar einerseits mittels Beschränkung der Geltung und mittels restriktiver Auslegung, aber auch direkt durch «offene» Inhaltskontrolle.

Zum vornherein als weniger geeignet erscheinen hingegen die folgenden Massnahmen:

- Die Förderung der Selbstkontrolle der Verwender (Arbeitgeber). Auch wenn entsprechende Appelle nichts schaden können, so ist doch der zu erwartende Erfolg jedenfalls minim. Pessimismus ist hier allgemein verbreitet¹⁴.
- Die Verwendung von eigenen AAB durch den Arbeitnehmer mit Einschluss einer sog. Abwehrklausel¹⁵. Hier besteht zunächst die Schwierigkeit für den Arbeitnehmer, geeignete Formulare oder Reglemente zu beschaffen; er wäre in der Regel auf seinen Arbeitnehmerverband angewiesen. Vor allem aber würde sich vermutlich kaum ein Arbeitgeber auf diese Rollenverteilung einlassen, zum Teil wohl auch mit einer gewissen Berechtigung. Denn damit würde die Aufgabe der AAB, den Arbeitnehmer in die arbeitsteilige Organisation einzugliedern, wesentlich erschwert oder ganz verunmöglicht. Solche AAB wären zudem als Mittel zur Gleichbehandlung ungeeignet.

Somit bleiben die erwähnten, a priori geeigneten Massnahmen zu besprechen. Dabei kann es kaum darum gehen, das einzig richtige Schutzmittel

13 Ebenso MERZ, Massenvertrag, S. 316f.

14 Zuletzt BAUER, AGB, S. 31, mit Hinweisen. Nach MERZ (Richterliche Kontrolle, S. 70) ist auch keine Kontrollinstanz der Wirtschaft bekannt, welche die Anwendung von AGB zu überwachen hätte.

15 Abwehrklauseln sind in Kauf-AGB regelmässig anzutreffen. Charakteristisch ist etwa der Wortlaut: «Widersprechende Geschäftsbedingungen gelten hiermit von uns als unverbindlich abgelehnt.» (Vgl. dazu die Sammlung von AGB in: REHBINDER, Das Kaufrecht in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der deutschen Wirtschaft, 2. A., Berlin 1979.)

zu finden; vielmehr muss auch für AAB gelten, was HAUSHEER für AGB gefordert hat: je nach den besonderen Bedürfnissen sind mehrere oder sogar *alle* Gestaltungsformen der Einflussnahme auf die Vertragsabwicklung zur Wirkung zu bringen¹⁶.

2. Ausbau des zwingenden Rechts

2.1. Wirksamkeit

Verstossen vorgeformte Verträge gegen zwingendes Recht, dann sind sie – wie individuelle Vertragsinhalte – unverbindlich und damit nicht zu beachten oder, je nach den Umständen, so zu ändern, dass ihr Inhalt erlaubt ist¹. Damit sind die besten Voraussetzungen für die Durchsetzung des rechtlichen Schutzes gegeben.

Probleme ergeben sich indessen daraus, dass zwingendes Gesetzesrecht tendenziell Starrheit und Schematisierung zur Folge hat. Eine Anpassung an die sich ändernden Bedürfnisse der Privatrechtssubjekte ist umständlich. BAUER erachtet aus diesem Grunde den Weg über die Gesetzgebung als aussichtslos². Für MERZ ist er immerhin «lang und beschwerlich»; zudem bestehe die «Gefahr schematischer und unübersichtlicher Lösungen, die in ihrer Tendenz, jeden Missbrauch auszuschliessen, das Ziel verfehlen, indem sie darüber hinaus-schiessen»³. Für HECHT ist zudem schwer vorstellbar, dass der ganze Anwendungsbereich von AGB durch spezielle Verbotsnormen kasuistisch erfasst werden kann⁴.

KRAMER's Bedenken schliesslich sind grundsätzlicher Art: Zum einen setze die Verstärkung des zwingenden Rechts nur an den Auswirkungen der «an den Wurzeln nicht tangierten wirtschaftlichen Macht» an; diese Handlungsweise sei insofern «resignierend». Zum anderen führe dieses Vorgehen zur Aushöhlung des Vertragsrechts; was übrig bleibe, sei «ein weitgehend anachronistisches juristisches Instrumentarium», gerade noch gut genug für «Verträge à la Gartenlaube am wöchentlichen Markttag»⁵.

16 HAUSHEER, ZSR 1976, II. Hbbd., S. 291.

1 SCHÖNENBERGER/JÄGGI, N. 509 f. zu Art. 1 OR.

2 «Das langwierige, mit harter Interessenpolitik vermengte Gesetzgebungsverfahren könnte in absehbarer Zeit kaum für die Lösung der AGB-Problematik in Bewegung gesetzt werden.» (BAUER, S. 31).

3 MERZ, Massenvertrag, S. 339.

4 HECHT, Der standardisierte Vertrag als rechtsdogmatisches und rechtspolitisches Problem, in: ZSR 1960, I. Hbbd., S. 47–70 (67).

5 KRAMER, Krise, S. 40 f.

2.2. *Besonderheiten des Arbeitsrechts*

Die erwähnten Einwände gegen zwingende Normen beziehen sich alle auf AGB in Umsatzverträgen. Es ist nun nicht zu übersehen, dass das Arbeitsrecht in dieser Hinsicht einige Besonderheiten aufweist.

Mehr als bei anderen Vertragstypen ist die gesetzliche Regelung des Arbeitsvertrages schon jetzt mit zwingenden Normen durchsetzt; daran hat sich mit der Revision von 1971 nichts geändert⁶. Dispositive Normen, charakteristisch für das individualistische Recht⁷ und den Grundsatz der Vertragsfreiheit, sind *relativ* selten⁸. Damit ist das Arbeitsrecht zu einem weitgehend öffentlich-rechtlich durchgesetzten Obligationenrecht geworden⁹.

Wie beim Abzahlungsvertrag oder beim Versicherungsvertrag sind damit die Möglichkeiten, zwingende Normen ohne allzugrosse Erstarrung und Schematisierung des Gesetzes zu schaffen, anscheinend weitgehend ausgeschöpft. Es wäre meines Erachtens aber voreilig, sich mit diesem Befund zufrieden zu geben. Es wird immer wieder notwendig und sinnvoll sein, zwischen Vor- und Nachteilen zwingender Normen abzuwägen und gegebenenfalls (in mühsamem Verfahren allerdings) das Gesetz abzuändern. Auf die unzweifelhaft vorzügliche Wirksamkeit zwingender Normen darf meines Erachtens nicht ohne weiteres verzichtet werden.

2.3. *Formalisierung des Vertragsabschlusses insbesondere*

23.1. *Die Regelung im italienischen Recht*

Als Beispiel für eine solche Verstärkung des zwingenden Rechts sei die formale Erschwerung des Vertragsabschlusses erwähnt. Denkbar wäre etwa die Vorschrift, dass «gefährliche» Klauseln auf separater Urkunde zu unterzeichnen wären, wie dies im italienischen Recht¹⁰ geregelt ist. Diese Lösung hat nicht ungeteilte Zustimmung gefunden. Am mildesten ist die Kritik, welche nur die geringe oder überhaupt fehlende Wirkung bemängelt. Nach REHBINDER dürfte es in vielen Fällen dem Kunden praktisch nicht möglich sein, von der «gefährlichen» Klausel auf eine günstigere auszuweichen¹¹. Zweifellos dürfte eine Situation des «take it or leave it» zu diesem Resultat beitragen.

6 GUHL/MERZ/KUMMER, S. 382.

7 REHBINDER, Kaufrecht, S. 13.

8 ZÖLLNER, Arbeitsrecht, S. 49.

9 KRAMER, Krise, S. 40.

10 Art. 1341 f. CCit.

11 REHBINDER, AGB, S. 122.

Zweck dieser italienischen Regelung ist es nach HAUSHEER, den Vertragsmechanismus wieder funktionsfähig zu machen dadurch, dass beide Parteien den Vertragsinhalt bewusst erfassen. Er schliesst aber aus, dass eine Gleichgewichtslage zwischen den Vertragsparteien mit bloss formalem Bewusstmachen des Inhalts zu erreichen ist¹². KÖTZ wendet ein, die italienische Lösung sei unpraktikabel im täglichen Leben mit seinen Massenverträgen (Beförderung in öffentlichen Verkehrsmitteln, Verwahrung von Handgepäck etc.), bei welchen die Aufnahme von Vertragsverhandlungen auch für den Kunden nicht lohnend sei. Aber auch bei wichtigeren Verträgen vermöchte der Kunde den Inhalt der regelmässig kompliziert und umfangreich abgefassten Klauseln ohnehin nicht zu erfassen¹³.

Bedeutsamer als diese Wirkungslosigkeit ist nach KÖTZ nun aber eine *kontraproduktive* Folge der italienischen Regelung. Die Einführung des Schriftformerfordernisses würde nämlich zur Vernachlässigung der Inhaltskontrolle führen, indem die unrichtige Vorstellung entstünde, die AGB seien auch tatsächlich verstanden und gebilligt worden¹⁴.

Dieser letzte Einwand verdient meines Erachtens besondere Beachtung. Wohl wiegt er dort schwerer, wo eine ausgebaute richterliche Kontrolle des Vertragsinhalts besteht, wie etwa in Deutschland¹⁵. Aber auch für die Schweiz muss grundsätzlich überlegt werden, ob die Privatautonomie sich selbst überlassen bleiben soll oder ob eine richterliche Kontrolle einzuführen ist. Bemerkenswert ist jedenfalls die Tatsache, dass verschiedene Schutzmassnahmen einander nicht nur ergänzen, sondern gegebenenfalls auch beeinträchtigen können.

23.2. *Anwendbarkeit im Arbeitsrecht*

Für das Arbeitsrecht lassen sich gegenüber den Argumenten dieser Autoren einige Vorbehalte anbringen. Vorerst trifft hier meines Erachtens KÖTZ' Annahme nicht zu, dass es sich für den Kunden (Arbeitnehmer) kaum lohnt, Vertragsverhandlungen aufzunehmen. Denn ein Alltagsgeschäft ist der Arbeitsvertrag in aller Regel nicht, auch nicht bei temporärer Arbeit kürzester Dauer, da doch regelmässig bedeutende Verpflichtungen jedenfalls für die Persönlichkeit des Arbeitnehmers entstehen.

KÖTZ' Argument der kontraproduktiven Wirkung des Formerfordernisses ist dagegen auch für Arbeitsverträge nur schwer zu widerlegen. Als

12 HAUSHEER, S. 289.

13 KÖTZ, Gutachten, S. (A) 60.

14 KÖTZ, Gutachten, S. (A) 60.

15 S. hinten 5.4.

Verfechter der auf Selbstbestimmung und damit auf Selbstverantwortung gründenden Privatautonomie ist man vorerst geneigt, eine vom Arbeitnehmer auf gesonderter Urkunde unterschriebene Vertragsbestimmung als von ihm verstanden und gebilligt zu betrachten. Jedenfalls wird dem Arbeitnehmer der Inhalt einer solchen Erklärung eher zuzurechnen sein als global einbezogene Allgemeine Arbeitsbedingungen. Dabei soll aber nicht verkannt werden, dass der Arbeitnehmer auch bei der Unterzeichnung separater Verpflichtungen oder Vereinbarungen unter dem Druck des «take it or leave it» stehen kann. Dies müsste bei einer richterlichen Inhaltskontrolle jedenfalls berücksichtigt werden. Dass ein Vertrag verstanden und gebilligt wird, schliesst weder eine Übervorteilung (Art. 21 OR) noch die Ungültigkeit wegen übermässiger Beschränkung der wirtschaftlichen Persönlichkeitsrechte (Art. 27 ZGB) aus. Wie weit darüber hinaus eine Inhaltskontrolle, etwa eine Kontrolle des Vertragsinhalts auf seine Angemessenheit, gerechtfertigt ist, wird zu prüfen sein¹⁶.

23.3. *Schriftformerfordernis nach schweizerischem Arbeitsvertragsrecht*

23.31. *Gesetzliche Regelung*

Nach dem Grundsatz von Art. 320 Abs. 1 OR bedarf der Einzelarbeitsvertrag zu seiner Gültigkeit keiner besonderen Form. In der gleichen Vorschrift sind aber Ausnahmen ausdrücklich vorbehalten. Das Gesetz enthält in den allgemeinen Vorschriften über den Einzelarbeitsvertrag zur Zeit zwölf Bestimmungen mit einem Schriftformerfordernis¹⁷, dazu kommen ebensoviele im Abschnitt über die besonderen Einzelarbeitsverträge (Lehrvertrag, Handelsreisendenvertrag und Heimarbeitsvertrag)¹⁸.

Regelmässig findet sich in diesen Bestimmungen die Formulierung, «durch schriftliche Abrede, Normalarbeitsvertrag oder Gesamtarbeitsvertrag» könne eine von den vorstehenden Bestimmungen (also von der dispositiven oder einseitig zwingenden gesetzlichen Ordnung) abweichende Regelung getroffen werden.

Fraglich ist nun, welche Anforderungen an diese Schriftform zu stellen sind und ob sie von Allgemeinen Arbeitsbedingungen erfüllt werden. Art. 13 OR enthält die folgende Regelung: «Ein Vertrag, für den die schriftliche Form gesetzlich vorgeschrieben ist, muss die Unterschriften aller Personen tragen, die durch ihn verpflichtet werden sollen.» Zweifellos gilt diese Regelung auch für

16 S. hinten 5.4.

17 Art. 321c Abs. 3, 322b Abs. 2, 323 Abs. 2, 324a Abs. 4, 327a Abs. 2, 330 Abs. 2, 332 Abs. 2, 336b Abs. 2, 339 Abs. 2, 339c Abs. 1 und 4, 340 Abs. 1, 340b Abs. 3.

18 Art. 344a Abs. 1, 347a Abs. 1, 348 Abs. 1, 348a Abs. 2 und 3, 348b Abs. 1, 349, 349a Abs. 1, 349c Abs. 2, 349d Abs. 1, 351a Abs. 1.

einzelne, dem Schriftformerfordernis unterworfenen Klauseln in Verträgen, die an sich keiner Form bedürfen¹⁹. Nicht entschieden ist aber die Frage, ob auch dem Vertrag angehängte, vorgeformte Regelungen von der Unterschrift auf der Vertragsurkunde gedeckt sind.

23.32. *Rechtsprechung und Lehre*

Nach BGE 85 II 565 muss die Unterschrift nach ihrer *räumlichen Stellung* den Inhalt der Urkunde decken; sie muss «in der Schrifttrichtung dem Text nachfolgen»²⁰. Im gegebenen Fall befand sich die der Schriftform bedürftige Klausel auf einem den unterzeichneten Vertrag nachfolgenden Blatt und somit ausserhalb des durch die Unterschrift gedeckten Textes. Dieser enthielt auch keinerlei Hinweis auf die nachfolgende Klausel; das Bundesgericht liess offen, wie dieser Hinweis hätte beschaffen sein müssen, um die Klausel als mitunterzeichnet erscheinen zu lassen²¹.

Das Zürcher Obergericht entschied mit Urteil vom 14. März 1974, ein Hinweis im unterzeichneten Vertrag auf eine Konkurrenzverbotsklausel, die in einem separat auszufüllenden, dem Vertrag im gegebenen Fall nicht einmal beigelegten Formular enthalten sei, genüge den Anforderungen an die Schriftlichkeit jedenfalls nicht²².

Diese Entscheide schaffen nicht restlos Klarheit. Gerade die Anforderungen an die *Einbeziehung* einer ausserhalb des unterzeichneten Vertrages stehenden und der Schriftform bedürftigen Klausel wurde vom Bundesgericht offengelassen. Zur Klarheit der Rechtslage trägt auch nicht die weitere Bemerkung des Bundesgerichts bei, wenn die Parteien die fragliche Klausel erwiesenermassen als bindend angesehen hätten, wäre der Stellung der Unterschrift allenfalls eine geringere Bedeutung beizumessen²³. Im Entscheid des Zürcher Obergerichts waren die Anforderungen an die Schriftform so eindeutig nicht erfüllt, dass das Gericht darauf verzichten konnte, diese Anforderungen zu präzisieren.

Nach GUHL/MERZ/KUMMER genügen auch gedruckte Vorlagen dem Erfordernis; die Unterschrift sollte sich aber «durch ihre örtliche Stellung äusserlich als eine die Urkunde vollziehende Willenserklärung darstellen»²⁴.

19 So z.B. im Fall des BGE 85 II 568, in welchem das Genügen der Schriftform einer Vorkaufsrechtsklausel geprüft wurde, die einem Pachtvertrag beigelegt war.

20 BGE 85 II 565 (570).

21 Ebd.

22 ZR 1974, Nr. 71, S. 178.

23 Diese Bemerkung bezog sich auf die Ansicht von OSER/SCHÖNENBERGER, wonach auch Druckvermerke auf der Rückseite der Urkunde verbindlich sein könnten; BGE 85 II 565 (570).

24 GUHL/MERZ/KUMMER, S. 123.

Damit ist allerdings wiederum die Frage der Einbeziehung aussenstehender Klauseln nicht beantwortet. Dazu nehmen, soweit ersichtlich, einzig SCHÖNENBERGER, JÄGGI Stellung: Wenn der durch die Unterschrift gedeckte Text auf das Nachfolgende (z.B. auf einen Vordruck) ausdrücklich verweise, gelte dieses als formrichtig verurkundet²⁵. Eine Begründung fehlt allerdings.

In der arbeitsrechtlichen Literatur sind die Auffassungen kontrovers. Nirgends findet sich, soweit ersichtlich, eine *generelle* Stellungnahme, d.h. eine solche, die sich auf alle der Schriftform unterliegenden Bestimmungen²⁶ beziehen würde. Behandelt werden insbesondere die Erfinderklausel (Art. 332b Abs. 2 OR) und das Konkurrenzverbot (Art. 340 Abs. 1 OR).

Zur Erfinderklausel (vertraglich eingeräumter Anspruch des Arbeitgebers auf sog. Vorbehaltserfindungen²⁷, die sonst dem Arbeitnehmer, d.h. dem Erfinder zustehen) findet sich eine Stellungnahme in den Materialien, nämlich in der Botschaft des Bundesrates zur Revision des Arbeitsvertragsrechts: Das Schriftformerfordernis diene hier der Rechtssicherheit. «so dass der Vorbehalt nicht etwa bloss in ein Angestelltenreglement aufgenommen werden kann, das durch stillschweigende Unterwerfung Vertragsbestandteil wird»²⁸. Offensichtlich stützt sich STREIFF auf diese amtlichen Erläuterungen: «Dem Erfordernis der Schriftlichkeit ist nur Genüge getan, wenn dies im Anstellungsvertrag oder in die Anstellung bestätigenden Schreiben ausdrücklich vereinbart ist, nicht aber, wenn es in irgendeinem Angestelltenreglement so festgelegt wird»²⁹.

Gegen diese Auffassung wendet sich BRÜHWILER. Es genüge, die Abtretungsklausel in ein Anstellungsvertrag aufzunehmen, das von den Vertragsparteien als integrierender Bestandteil ihres Arbeitsvertrages anerkannt worden sei³⁰.

Bei der Konkurrenzverbotsklausel bietet sich das gleiche Bild: Nach STREIFF ergibt sich aus der *Schutzfunktion* des Schriftformerfordernisses, dass nur eine «unzweideutige Abmachung» zwischen den Parteien zur Gültigkeit des Konkurrenzverbotes führen könne. Die blosser Bezugnahme auf eine Regelung im Anstellungsvertrag genüge nicht³¹. BRÜHWILER dagegen will wiederum auch die in einem Anstellungsvertrag enthaltene Konkurrenzverbotsklausel

25 SCHÖNENBERGER/JÄGGI, N. 38 zu Art. 13 OR.

26 Vorn FN 33 f.

27 D.h. Erfindungen, die «vom Arbeitnehmer bei Ausübung seiner dienstlichen Tätigkeit, aber nicht in Erfüllung seiner vertraglichen Pflichten gemacht werden» (Art. 332 Abs. 2 OR).

28 Botschaft Arbeitsvertrag, S. 125.

29 STREIFF, Kommentar Arbeitsvertrag N. 6 zu Art. 332 OR.

30 Die Ansichten STREIFF's und der Botschaft seien «nicht einleuchtend», BRÜHWILER, N. 8 zu Art. 332 OR.

31 STREIFF, Kommentar Arbeitsvertrag, N. 2 zu Art. 340 OR. Offenbar gleicher Ansicht, aber weniger deutlich SCHWEINGRUBER, Kommentar Arbeitsvertrag, N. 6 zu Art. 340 OR.

gelten lassen. Allerdings nur dann, wenn sie «dem Arbeitnehmer nachweisbar zur Kenntnis gebracht worden ist und nach dem Willen der Parteien Bestandteil des Arbeitsvertrages bildet». BRÜHWILER übernimmt damit offensichtlich die auf OSER/SCHÖNENBERGER³² zurückgehende und in BGE 85 II 565 jedenfalls nicht ausgeschlossene Argumentation, dass die nachweisbare Kenntnisnahme einer Klausel durch den Kunden bzw. Arbeitnehmer dem Schriftformerfordernis genügen solle.

Die übrigen Schriftformvorschriften im Arbeitsvertragsrecht wurden dagegen von der Lehre im Hinblick auf AAB nicht behandelt – mit einer Ausnahme: Für die Verabredung einer pauschalen Spesenvergütung (feste Entschädigung als Auslagenersatz, Art. 327a OR) will nun auch STREIFF (ohne nähere Begründung allerdings) die schriftliche Verweisung auf ein Reglement genügen lassen³³.

23.33. *Stellungnahme*

Folgt man der Ansicht von BRÜHWILER und SCHÖNENBERGER/JÄGGI, dann genügen grundsätzlich auch solche Klauseln dem Schriftformerfordernis, die nur global in den Vertrag einbezogen sind. Beachtlich ist meines Erachtens aber der von BRÜHWILER (nur) bei der Konkurrenzverbotsklausel angebrachte Vorbehalt, dass die Klausel dem Arbeitnehmer nachweisbar zur Kenntnis gebracht worden sein muss. Bezeichnend ist auch, dass STREIFF zwischen Erfinderklausel sowie Konkurrenzverbotsklausel einerseits und Spesenpauschalierungsklausel andererseits differenziert. Das Schriftformerfordernis soll also für verschiedene Klauseln unterschiedlich streng gehandhabt werden.

Dafür besteht meines Erachtens nun aber kein sachlicher Grund. Wohl greift das Konkurrenzverbot in der Regel stärker in die Rechte des Arbeitnehmers ein als etwa eine Spesenpauschalregelung oder eine spezielle Regelung über die Fälligkeit des Provisionsanspruchs (Art. 322b Abs. 2). Der Zweck der gesetzlichen Regelung, nämlich des Schriftformerfordernisses, ist meines Erachtens aber immer derselbe: Sie dient dem Schutz des Arbeitnehmers dadurch, dass dieser sich «der Tragweite seiner Verpflichtung bewusst werden soll»³⁴. Wohl wird die privatautonome Selbstbestimmung durch eine für den Arbeitnehmer ungünstige Vertragsabschluss-Situation (take it or leave it) beeinträchtigt und damit die Wirkung dieser Normen generell relativiert. Das kann aber nichts daran ändern, dass sich der Arbeitnehmer auch der Tragweite von etwas weniger einschneidenden Verpflichtungen bewusst werden soll.

32 OSER/SCHÖNENBERGER, Zürcher Kommentar, N. 8 zu Art. 13 OR.

33 STREIFF, Kommentar Arbeitsvertrag, N. 3 zu Art. 327a OR.

34 STREIFF, Kommentar Arbeitsvertrag, N. 2 zu Art. 340 OR.

Durch das Formerfordernis hat der Gesetzgeber jedenfalls zwei Dutzend solch gefährlicher Klauseln gegenüber anderen Verpflichtungen des Arbeitnehmers bewusst hervorgehoben.

Daraus folgt, dass eine gültige Schriftform nur dann vorliegt, wenn die Klausel im unterzeichneten Vertragstext enthalten ist. Einbeziehung durch Globalerklärung³⁵ genügt nicht. Das bedeutet für die Praxis, dass ein angehängtes Reglement dem Schriftformerfordernis nicht gerecht wird. Es ist dem Arbeitgeber meines Erachtens aber ohne weiteres zuzumuten, solch «gefährliche» Klauseln entweder in das zu unterzeichnende Anstellungsvertrags-Formular aufzunehmen oder auf separatem Blatt unterzeichnen zu lassen. Dies muss für *alle* im Arbeitsvertragsrecht festgelegten Schriftformerfordernisse³⁶ gelten.

23.4. *Rechtspolitische Erwägungen*

Neben den bestehenden Schriftformerfordernissen sind grundsätzlich auch neu zu schaffende in Betracht zu ziehen. Ausschlaggebend muss sein, ob das Bedürfnis nach einem Schutz des Arbeitnehmers besteht. Dabei sollte man sich meines Erachtens nicht auf diejenigen Verpflichtungen (bzw. Beeinträchtigungen von Rechten) des Arbeitnehmers beschränken, die nach geltendem Recht durch *formfreie* Abrede in Abweichung vom dispositiven Recht begründet werden können³⁷. Vielmehr ist die Suche nach «gefährlichen» Klauseln auch auf andere Bereiche auszudehnen, insbesondere auf das Feld der persönlichkeitsrechtsbeschränkenden, das Weisungsrecht des Arbeitgebers erweiternden Klauseln. Für die Beurteilung der in der rechtstatsächlichen Erhebung vorgefundenen Klauseln³⁸ ist jedenfalls die Einführung des gesetzlichen Schriftformerfordernisses in Erwägung zu ziehen.

Schliesslich sind die von GUHL/MERZ/KUMMER erhobenen Einwände gegen die Ausdehnung des gesetzlichen Schriftformerfordernisses zu bedenken: Dadurch komme wohl gelegentlich der «Schutz des Vertrauens auf das gegebene Wort und auf die langjährige widerspruchslös gehandhabte mündliche Vereinbarung zu kurz»³⁹. Selbstverständlich muss ein echtes Schutzbedürfnis für

35 Vgl. vorn II. Teil, 12.21.

36 Vorn Anm. 33 f.

37 Lohnzahlungstermin (Art. 323 Abs. 1), Lohnrückbehalt (Art. 323a Abs. 1 und 2), Lohnsicherung (Art. 323b Abs. 1), Entschädigung für Arbeitsgeräte und Material (Art. 327 Abs. 1 und 2), Fälligkeit des Auslagensatzes (Art. 327c Abs. 1), Übergang des Arbeitsverhältnisses (Art. 333 Abs. 4), Probezeit (Art. 334 Abs. 1 bis 3), Kündigungsfrist im unterjährigen Arbeitsverhältnis (Art. 336a Abs. 1), Lohnzahlung beim Heimarbeitsverhältnis (Art. 353a).

38 Vgl. hinten IV. Teil.

39 GUHL/MERZ/KUMMER, S. 388.

den Arbeitnehmer bestehen, damit die in der Praxis doch erhebliche Erschwerung des Vertragsabschlusses und die Beeinträchtigung des Vertrauensschutzes gerechtfertigt werden können.

2.4. *Ergebnis*

Das Beispiel des Schriftformerfordernisses hat für die Eignung zwingender Gesetzesvorschriften als Schutzmittel folgendes ergeben: Der Einwand, solche Normen nützten wenig und in einzelnen Fällen gar nichts, kann nur zur Einsicht führen, dass sie *allein nicht genügten*, sie bedürfen der Ergänzung durch andere Massnahmen. Keineswegs sind sie aber wegen ungenügender Wirksamkeit vollständig abzulehnen.

Deutlich zeigt sich die Notwendigkeit, die tatsächlichen Unterschiede zwischen Einzelvertrag und AAB auch rechtlich zu berücksichtigen. Für die Auslegung von Art. 13 OR bedeutet dies: Global einbezogene AAB können nicht als schriftlich vereinbart gelten.

3. **Aufstellung durch die Verbände**

3.1. *Kontrolle durch das Gegengewichtsprinzip*

Ausgehend von der These des gestörten Vertragsmechanismus bei globaler Einbeziehung vorbereiteter Vertragsordnungen ist man bestrebt, einen vollwertigen Ersatz für diesen Vertragsmechanismus zu finden. Dabei wird in der Lehre auf eine Besonderheit des Arbeitsverhältnisses gegenüber anderen Vertragsverhältnissen hingewiesen, nämlich auf die Regelung durch kollektive Selbstverwaltung. Nach dem Prinzip der countervailing power solle auf den Mechanismus des «kollektivistischen Liberalismus» vertraut werden¹; an die Stelle des Marktes als wirtschaftliches Koordinationsprinzip würde die Gruppenvereinbarung treten.

Für AGB etwa im Kaufrecht scheitert dieses Vorhaben allerdings an der Schwäche der Konsumentenschutzverbände². Im Arbeitsrecht dagegen besteht diese Schwierigkeit nicht. Andererseits ist hier die Abgrenzung zum Gesamtarbeitsvertrag zu beachten. Der Sinn kollektiv aufgestellter AAB wäre es

1 KRAMER (Krise, S. 42 ff.), ausgehend von GALBRAITH (American Capitalism, 1956) und mit Hinweisen insbesondere auf RAMM, Der Arbeitskampf und die Gesellschaftsordnung des Grundgesetzes (1965), BARTHOLOMEYCZIK, Das Gegengewichtsprinzip sowie BÖTTICHER, Waffengleichheit und Gleichbehandlung der Arbeitnehmer im kollektiven Arbeitsrecht (1956).

2 Vorn II. Teil 12.1. FN 48; s. auch KRAMER, Krise, S. 46.

einzig, den Verbandsmitgliedern ein Muster zur Verfügung zu stellen. Wie bei einseitig durch den Arbeitgeber aufgestellten AAB wäre eine einzelvertragliche Einigung für die Geltung der AAB notwendig. Andernfalls, nämlich bei Ausgestaltung der AAB als förmliche Kollektivvereinbarung (z.B. im Rahmen eines Gesamtarbeitsvertrages), hätte die Einheitsregelung normative und relativ zwingende Wirkung.

Damit wäre eine von Arbeitgeberseite kaum annehmbare Starrheit verbunden; die Bedürfnisse des einzelnen Betriebs könnten kaum berücksichtigt werden. Dies würde im Ergebnis doch wieder zur Verwendung einseitig aufgestellter AAB führen, womit das Gegengewichtsprinzip ausgeschaltet wäre. Im folgenden ist daher einzig der Fall kollektiv abgefasster und empfohlener (nicht aber kollektivvertraglich vereinbarter) AAB zu betrachten.

3.2. *Grenzen der kollektiven Selbstverwaltung*

Es wäre wohl etwas voreilig, ohne weiteres auf das Gegengewichtsprinzip zu vertrauen und statt der einzelvertraglichen eine kollektivvertragliche Richtigkeit für den Inhalt von AAB als gegeben vorauszusetzen.

Wie mehrmals erwähnt, wird mit der sozialen Selbstverwaltung, insbesondere mit dem Mittel des Gesamtarbeitsvertrags, bezweckt, *Mindestarbeitsbedingungen* zu schaffen. Demgegenüber liegt der Inhalt von AAB, was die materiellen Arbeitsbedingungen betrifft, im sog. übertariflichen Bereich. AAB gewähren genau gleich wie die ausgehandelte Einzelvereinbarung *Effektivbedingungen*, welche die Mindestbedingungen mehr oder weniger übersteigen.

Diesen Effektivbedingungen stehen die Gewerkschaften nun aber eher skeptisch, wenn nicht sogar ablehnend gegenüber. Denn es ist anzunehmen, dass eine grosse Diskrepanz zwischen Mindest- und Effektivbedingungen dem Organisationsgrad der Gewerkschaften nicht besonders förderlich ist³. Daraus wiederum wäre zu schliessen, dass Gewerkschaften an der kollektiven Aufstellung von AAB kaum interessiert sind.

In die gleiche Richtung zielen die Erfahrungen, die BECKER aus seiner richterlichen Tätigkeit gewonnen hat: Die in AAB geregelten Materien stünden keineswegs im Zentrum gewerkschaftlicher Tarifpolitik, sie hätten vielmehr eine «periphere tarifpolitische Stellung»⁴. Es würden zur Erringung anderweitiger Vorteile Klauseln akzeptiert, «deren Unbilligkeit qua richterlicher Inhaltskontrolle bereits feststeht oder deren Unbilligkeit im Falle einer entsprechenden individualrechtlichen Allgemeinregelung mit Sicherheit qua richterlicher Inhaltskontrolle festgestellt werden würde»⁵.

3 Vorn, II. Teil 43.23.; ADOMEIT, S. 117f.

4 BECKER, NJW 1973, S. 1916.

5 Ebd.

Diese These fehlenden Interesses der Gewerkschaften bedarf meines Erachtens der Überprüfung. In einer zu diesem Zweck durchgeführten Umfrage⁶ erhielt der Verfasser den Eindruck, dass viele Gewerkschaften verschiedenster Berufe und Branchen das Problem einseitig aufgestellter AAB als wenig gravierend betrachten. Im einzelnen lässt sich folgendes festhalten:

Von den 24 Verbänden, die den Fragebogen beantworteten, haben nur deren vier (17%) AAB gemeinsam mit ihrem Sozialpartner aufgestellt. Zwei weitere Verbände haben eigene AAB geschaffen.

Zur Begründung wurde in 10 Fällen angeführt, die bestehenden Gesamtarbeitsverträge regelten die Arbeitsverhältnisse genügend ausführlich. 5 Befragte erklärten ihren Verzicht auf die gemeinsame Aufstellung von AAB mit der Vielfalt der ihnen unterstehenden Arbeitsverhältnisse («heterogene Mitgliedschaft»). In drei Fällen wurde angeführt, der Arbeitgeber würde andere als seine eigenen AAB ohnehin nicht akzeptieren, so dass gemeinsam aufgestellte AAB keine Aussicht auf Verwendung hätten. Zwei Befragte betrachten den Abschluss des Arbeitsvertrages ausschliesslich als Sache der Einzelvertragsparteien. In einem Fall schliesslich wurde geltend gemacht, die unterstellten Arbeitsverhältnisse gehörten überwiegend dem öffentlichen Recht an.

- Über die tatsächliche Verwendung ihrer Vertragsmuster haben vier der sechs Verbände, welche AAB geschaffen haben, kaum eine konkrete Vorstellung. In einem Fall wurde die Verbreitung auf 50% der unterstehenden Arbeitsverhältnisse, im anderen auf 70% bzw. 10% (für zwei verschiedene Berufe) geschätzt.

3.3. *Ergebnis*

Die relativ geringe Verbreitung vereinbarter AAB, die auch in meiner Umfrage unter 250 Arbeitgebern festzustellen war⁷, erklärt sich meines Erachtens nicht zuletzt aus der Tatsache, dass viele Arbeitnehmerverbände den Gesamtarbeitsvertrag als genügend wirksames Mittel zum Schutz des Arbeitnehmers vor Benachteiligung betrachten. In gewissem Sinn erscheint es in der Tat auch widersprüchlich, den Gewerkschaften dafür das Wächteramt zu übertragen, dass im übertariflichen Bereich das Leistungsprinzip möglichst gerecht zur Anwendung kommt.

6 *Umfang der Befragung:* 29 Verbände (Einzelgewerkschaften, u.a. LFSA, SVEA sowie Mitgliedverbände des Schweizerischen Gewerkschaftsbundes und des Christlich-Nationalen Gewerkschaftsbundes im Raum Zürich).

Rücklaufquote: ca. 80% (24 von 29 Befragten).

Form der Befragung: Schriftlich (Fragebogen).

Zeitpunkt: November/Dezember 1978.

7 S. vorn I. Teil, 4.4.

Es ist nun aber mit aller Deutlichkeit festzuhalten, dass mittels AAB nicht nur übertarifliche Leistungen gewährt werden. Sie enthalten häufig genug auch formelle Arbeitsbedingungen, die den Arbeitnehmer in unangenehmer Weise benachteiligen. Offensichtlich haben die Gewerkschaften bisher zu wenig die Gelegenheit wahrgenommen, durch die Empfehlung von Musterverträgen den unerfreulichen Auswüchsen Allgemeiner Arbeitsbedingungen zu begegnen.

Soweit kollektiv aufgestellte Muster (unverändert) verwendet werden, besteht kein Grund, an der «Richtigkeit» des Vertragsinhalts (im Sinne von SCHMIDT-RIMPLER) zu zweifeln. Leider ist dieser Fall aber so selten, dass die AAB-Kontrolle durch die Verbände – wenigstens heute noch – nicht genügt. Die Einflussnahme staatlicher Organe auf den Inhalt der AAB ist deshalb unvermeidlich.

4. Präventive Verwaltungskontrolle

4.1. Formen

41.1. Inhaltskontrolle

Die Möglichkeit einer präventiven Inhaltskontrolle von AGB besteht nach schweizerischem Recht nur auf Spezialgebieten, insbesondere im Versicherungsrecht¹ sowie im öffentlichen Recht u.a. bei der Erteilung von Konzessionen sowie im Submissionswesen². Ähnlich ist die Rechtslage in Deutschland; die Präventivkontrolle beschränkt sich auch dort hauptsächlich auf das Verkehrs-, Bank- und Energieversorgungswesen³. Die öffentlichrechtliche Grundlage dieser Kontrollen schliesst ihre Ausdehnung auf das gesamte Vertragsrecht nach geltendem Recht aus. Ohnehin bezwecken diese Kontrollen teilweise nicht primär den Schutz des Konsumenten, sondern u.a. der öffentlichen Sicherheit im Linienluftverkehr oder überhaupt den Schutz öffentlicher Interessen⁴.

Für das Arbeitsrecht bedeutsam ist die in Deutschland eingeführte Kontrolle über das *Leiharbeitsvertragswesen*⁵. Geprüft wird vor allem, ob der Verleiher die üblichen Arbeitgeberpflichten und -risiken übernimmt (Art. 1 § 3 AUeG) und ob die Vertragsordnung den gesetzlich vorgeschriebenen Mindest-

1 Art. 2 Ziff. 1 des Bundesgesetzes betreffend Beaufsichtigung von Privatunternehmungen im Gebiete des Versicherungswesens vom 25. Juni 1885.

2 Vgl. z.B. die kantonale-zürcherische Verordnung für die Vergebung von Arbeiten und Lieferungen für den Staat (vom 17. Juni 1943), § 23 lit. e und §§ 25–27.

3 Kötz, S. 42–45.

4 Ebd., S. 46.

5 Gesetz zur Regelung der gewerbsmässigen Arbeitnehmerüberlassung (AUeG) vom 7. 8. 1972 (BGBl. I. 1393).

inhalt (Art. 1 § 11 Abs. 1 AUeG) aufweist. Die Kontrolle wird durch die Bundesanstalt für Arbeit vorgenommen; gegebenenfalls kann dem Verleiher die Gewerbeerlaubnis entzogen oder nicht erteilt werden. Auch hier ist die präventive Verwaltungskontrolle an ein verwaltungsrechtliches Erlaubnisverfahren geknüpft; und auch nach deutschem Recht ist die Ausdehnung auf das gesamte Arbeitsrecht nicht zulässig⁶.

Notwendigerweise muss die präventive Kontrolle vom einzelnen Fall, d.h. vom einzelnen Vertragsabschluss unter Einbeziehung von AGB bzw. AAB *abstrahieren*. Die Genehmigung der vorbereiteten Vertragsordnung an sich müsste somit ohne Kenntnis ihrer Auswirkungen im Anwendungsfall erfolgen⁷. Damit ist ein wichtiger Unterschied zur nachträglichen richterlichen Inhaltskontrolle, die den Einzelfall beurteilt, aufgezeigt.

41.2. *Amtliche Beglaubigung der Unterschrift*

Einsam steht, soweit ersichtlich, STEIN's Vorschlag da, bei Verwendung von AGB die Beglaubigung der Unterschrift durch eine amtliche Stelle als Voraussetzung für die Gültigkeit des Vertrages einzuführen⁸. Bezweckt würde damit ein gewisser Schutz vor Übereilung; durch Auswahl geeigneter Funktionäre wäre es nach STEIN möglich, «den Kontrahenten wirklich die gesamte Tragweite des Vertrags bewusst zu machen»⁹. Dieses Formerfordernis würde sich deshalb nicht als «allgemeine Bevormundung» auswirken, weil die Beglaubigung nicht verweigert werden dürfte¹⁰.

Dieser Vorschlag STEIN's hat die gleiche Zielrichtung wie das gesetzliche Schriftformerfordernis, indem mit beiden Mitteln ein Schutz vor unbedachtem Vertragsschluss angestrebt wird. Die amtliche Beglaubigung würde aber weit stärker in den Ablauf des Vertragsabschlusses eingreifen. Bedenken ergeben sich somit vor allem aus dem Gesichtspunkt der *Durchführbarkeit*.

4.2. *Verhältnis zwischen Aufwand und Wirkung*

42.1. *Übergrosser Aufwand*

Ausserordentlich gross dürfte der administrative Aufwand beim Vorschlag STEIN's sein. Zwar befürchtet der Autor keine «übermässige

6 Vorbehalt bleibt natürlich die Möglichkeit der richterlichen Inhaltskontrolle, REHBINDER, Inhaltskontrolle, S. 22 (vgl. hinten 5.4.).

7 CLEVER, S. 136; KÖTZ, S. 98.

8 STEIN, Formularvertrag und Fiktion der Willensübereinstimmung, in: Gewerkschaftliche Rundschau 1961, S. 9–14 (14).

9 Ebd.

10 Ebd.

Verteuerung des Vertrags»¹¹. Will man aber dem Arbeitnehmer bzw. dem Kunden wirklich die ganze Tragweite des Vertrages von Amts wegen bewusst machen, dann bedürfte es – für die insgesamt 2,3 Mio. Arbeitnehmer in der Schweiz – einer enormen Anzahl von Urkundspersonen. Denn nicht nur neue Verträge, sondern auch Änderungsverträge müssten wohl oder übel erfasst werden. Damit dürfte die Unterschriftsbeglaubigung als unrealistischer Vorschlag ausscheiden.

Aber auch gegen die präventive Inhaltskontrolle durch die Verwaltung wird häufig das Argument des unvertretbar grossen Aufwandes vorgebracht¹². Nach KÖTZ dürfte eine präventive Verwaltungskontrolle nur dann praktikabel sein, wenn ausschliesslich von den Verbänden der Wirtschaft ausgearbeitete AGB zum Genehmigungsverfahren zugelassen würden. KÖTZ selbst anerkennt aber die unerwünschte marktbeschränkende Wirkung solcher AGB und die Aufblähung des Verwaltungsapparates bei allfälliger grosszügiger Genehmigung von Ausnahmen¹³. CLEVER befürchtet einen unverhältnismässig grossen Behördenaufwand nicht nur wegen der Vielzahl der AGB, sondern auch wegen der ständig notwendigen Anpassung an die wirtschaftliche Entwicklung¹⁴.

42.2. *Zweifelhafte Wirkung*

Nach HAUSHEER erfüllt die präventive Verwaltungskontrolle nicht immer die in sie gesteckten Erwartungen. Dies gelte auch für die im israelischen Standard Contracts Law festgelegte fakultative Überprüfungsmöglichkeit¹⁵. KÖTZ befürchtet eine Zementierung des Bestehenden, indem weder Unternehmer noch Verbände, aber auch nicht die Behörden an einer gegebenenfalls notwendigen Änderung der AGB interessiert wären und die Kunden wegen Ausichtslosigkeit den Richter nicht anrufen würden. Denn es sei zu erwarten, dass auch die Rechtsprechung staatlich genehmigten AGB «nur aus sehr gewichtigen Gründen» die rechtliche Anerkennung versagen würde. Es sei deshalb nur leicht übertrieben zu sagen, die Genehmigungsbehörde würde zu einem «geheimen Gesetzgeber für Privatrecht» werden¹⁶.

Im übrigen anerkennt KÖTZ durchaus, dass die Kontrolle im Versicherungswesen sich bewährt habe¹⁷. Allerdings sei dieses Ergebnis nicht auf die übrigen Bereiche des Vertragsrechts zu übertragen, da im Privatversicherungs-

11 Zur Begründung führt er an, eine Unterschriftsbeglaubigung koste in Basel bloss 2 Fr. (Ebd.).

12 REHBINDER, AGB, S. 123, KOETZ, S. 96.

13 KÖTZ, Gutachten, S. 96 f.

14 CLEVER, S. 136.

15 HAUSHEER, S. 289.

16 KÖTZ, Gutachten, S. 97.

17 Ebd., S. 98.

recht überdurchschnittlich viele zwingende Normen bestünden. Ausserdem sei dort die Kontrolle besonders effizient, weil die Aufsichtsbehörde die nötigen Branchenkenntnisse besitze, was bei einer allgemeinen AGB-Kontrolle nicht vorausgesetzt werden könnte¹⁸.

42.3. *Besonderheiten des Arbeitsrechts*

Das ungünstige Verhältnis zwischen Aufwand und Wirkung bei der Präventivkontrolle bedarf meines Erachtens für AAB einer Überprüfung. Dies betrifft sowohl den allenfalls zu erwartenden Aufwand wie auch die zu erwartende Wirkung.

42.31. *Tragbarer Aufwand*

Die Anzahl der zu prüfenden AAB dürfte eher überblickbar sein als diejenige der AGB. Schon nach geltendem Recht (Art. 37 ArG) hat jeder industrielle Betrieb eine Betriebsordnung aufzustellen und der kantonalen Behörde einzusenden (Art. 39 ArG). Seit der Revision des Arbeitsgesetzes im Jahre 1971¹⁹, ist die amtliche Genehmigung zwar nicht mehr Voraussetzung für das Inkrafttreten der Betriebsordnung. Nach wie vor wird diese aber auf Übereinstimmung mit dem ArG geprüft (Art. 39 ArG); und nach wie vor kann die amtliche Kontrolle bei konsequenter Handhabung recht wirksam sein, stehen doch der Behörde gemäss Art. 51 f. ArG recht einschneidende Sanktionen zur Verfügung²⁰.

Wohl steht beim Schutz von Leben und Gesundheit, den das Arbeitsgesetz bezweckt, in der Regel mehr auf dem Spiel als beim Schutz vor nachteiligen Vertragsbedingungen. Das Beispiel der Betriebsordnung zeigt aber, dass eine Verwaltungskontrolle im Arbeitsrecht nicht zum vornherein unpraktikabel ist. Dabei ist anzuerkennen, dass nicht nur die zu einer Betriebsordnung verpflichteten Arbeitgeber²¹ AAB verwenden. Viele Arbeitgeber stellen aber auch freiwillig eine Betriebsordnung auf, die gleichermassen wie die obligatorische der amtlichen Kontrolle untersteht²². Zudem sind, wie meine Erhebung ergeben hat, umfangreiche und ausgefeilte AAB vor allem in mittleren und

18 Ebd., S. 99.

19 BG vom 25. 6. 1971, in Kraft seit 1. 1. 1972.

20 Gemäss Art. 51 Abs. 1 wird zuerst das Einhalten der Vorschriften verlangt. Bei Nichtbefolgen erfolgt eine Strafandrohung gemäss Art. 292 StGB. Zudem sind Massnahmen des Verwaltungszwangs vorgesehen; bei Gefährdung des Lebens oder der Gesundheit von Arbeitnehmern kann die Benützung von Räumen verhindert oder der Betrieb geschlossen werden (Art. 52 ArG).

21 Gemäss Art. 37 Abs. 1 und 2 ArG.

22 Gemäss Art. 37 Abs. 3 in Verbindung mit Art. 39 ArG.

grösseren Betrieben anzutreffen, die in aller Regel auch der Pflicht zur Aufstellung einer Betriebsordnung unterstehen dürften. Insgesamt ist das Postulat einer präventiven Verwaltungskontrolle von AAB, was den Aufwand betrifft, meines Erachtens nicht als unrealistisch zu beurteilen.

42.32. *Günstigere Wirkung*

In verschiedener Beziehung weist das Arbeitsvertragsrecht Ähnlichkeiten mit dem Privatversicherungsrecht auf, bei welchem auch KÖTZ eine vorteilhafte Wirkung der präventiven Verwaltungskontrolle feststellen konnte²³. Zum einen weisen Arbeitsrecht wie Privatversicherungsrecht eine verhältnismässig grosse Anzahl zwingender Normen auf, was die Verwaltungskontrolle wirkungsvoll macht. Zum anderen ist auch das Arbeitsverhältnis rechtlich mit einem einzigen Vertragstyp weitgehend zu erfassen; Besonderheiten würden sich allenfalls beim Leiharbeitsverhältnis sowie den gesetzlich geregelten besonderen Einzelarbeitsverhältnissen, nämlich Lehr-, Heimarbeits- und Handelsreisendenverhältnis ergeben. Jedenfalls besteht nicht die im übrigen Vertragsrecht anzutreffende Vielfalt von zusammengesetzten und gemischten Innominatkontrakten²⁴. Zweifellos könnte demzufolge eine Kontrollbehörde wirkungsvoller tätig werden.

4.3. *Kontrollbefugnisse*

Will man eine Verwaltungskontrolle ernsthaft in Betracht ziehen, dann ist natürlich auch ihre denkbare Ausgestaltung – wenigstens in den Grundzügen – festzulegen. Die Hauptfrage wäre zweifellos diejenige nach dem Umfang der Kontrollbefugnis.

Eine minimale Lösung würde darin bestehen, AAB lediglich auf ihre Übereinstimmung mit dem zwingenden Recht sowie mit Kollektivverträgen zu überprüfen. Diese Lösung hätte den Vorzug rechtstaatlicher Unbedenklichkeit, da die Verwaltung keine den Gerichten zustehende Aufgabe übernehmen würde. Sie hätte aber den Nachteil, dass für den doch beträchtlichen Aufwand nur ein minimaler Erfolg überhaupt möglich wäre. Um die Wirksamkeit dieser Lösung zu gewährleisten, müsste das zwingende Recht erheblich erweitert werden.

Eine mittlere Lösung würde die indirekte Inhaltskontrolle darstellen. Wie die Gerichte könnte auch die Verwaltung etwa die Geltung gewisser Klauseln erschweren oder ganz ausschliessen. Nach gegenwärtiger Rechtspre-

²³ KÖTZ, Gutachten, S. 98.

²⁴ Z.B. Reiseveranstaltungsvertrag, Alleinvertretungsvertrag, Factoring, Franchising, Leasing etc.

chung wären davon insbesondere ungewöhnliche oder überraschende Klauseln betroffen²⁵. Zweifellos würde die Wirksamkeit der Verwaltungskontrolle gesteigert. Gleichzeitig wäre aber der erwähnte Grundsatz der Gewaltentrennung in Frage gestellt, würde doch die Verwaltung in Konkurrenz zu den Gerichten allenfalls durch Rechtsfortbildung das rechtlich Zulässige festlegen.

Noch mehr müsste dies für die maximale Lösung, die direkte Inhaltskontrolle, gelten. Hier wären AAB auf ihre Angemessenheit zu überprüfen²⁶. Aufgrund der Konkurrenz zur richterlichen Befugnis muss diese Lösung wohl als zu weit gehend ausgeschlossen werden.

Am ehesten wäre somit die mittlere Lösung in Betracht zu ziehen. Jedenfalls dürfte die Verwaltung in ihrer Kontrolle nicht über das von den Gerichten gehandhabte Mass der Inhaltskontrolle hinausgehen.

4.4. *Ergebnis*

Für AGB bestehen nach h.L. ungünstige Voraussetzungen für eine präventive Verwaltungskontrolle²⁷. Für AAB dagegen sind meines Erachtens die Voraussetzungen günstiger. Hauptbedenken ergeben sich aber aus der daraus entstehenden Konkurrenzierung der gerichtlichen Rechtsprechung. Zweifellos müsste eine tragfähige gesetzliche Grundlage für die präventive Verwaltungskontrolle von AAB geschaffen werden, welche die Kontrollbefugnis exakt beschränken würde. Als undenkbar erscheint wohl eine Angemessenheitskontrolle durch die Verwaltung.

5. **Richterliche Kontrolle**

5.1. *Problemstellung*

Für den Richter stellt sich die grundsätzliche Frage, wie weit er die tatsächlichen Besonderheiten vorbereiteter Vertragsordnungen bei der Rechtsanwendung berücksichtigen soll. Möglichkeiten bieten sich bei verschiedenen Rechtsfragen der vertraglichen Anspruchsprüfung.

Die erste Gelegenheit bietet sich anlässlich der Frage, ob gemäss Art. 1 OR eine übereinstimmende gegenseitige Willensäusserung vorliege. Hier geht es

25 Vgl. dazu hinten 52.3.

26 Vgl. dazu hinten 5.4.

27 Dies hatte zur Folge, dass im deutschen AGB-Gesetz nicht einmal der minimale Vorschlag einer Registrierungspflicht verwirklicht wurde. Er war gleich wie die Verwaltungskontrolle schon in den Beratungen des Deutschen Juristentags deutlich abgelehnt worden (ULMER, Kommentar AGBG, Einleitung, S. 29).

um die Voraussetzungen für eine gültige Einbeziehung der AGB oder AAB in den Vertrag.

Anlass zu einer Sonderbehandlung besteht sodann bei der Auslegung des Vertrags. Zu prüfen ist insbesondere, ob die von der Rechtsprechung entwickelten Regeln der vertraglichen Auslegung, die ja einen ausgehandelten Einzelvertrag voraussetzen, für die Anwendung auf AAB eine Korrektur nötig haben. Denkbar ist aber auch, dass ohne Änderung dieser Regeln den Besonderheiten der AAB, vor allem der Gefahr einseitiger Eigennützigkeit, Rechnung getragen werden kann.

Schliesslich bleibt zu prüfen, ob mit dem Inhalt der AAB nicht die Grenzen der Privatautonomie überschritten¹ worden sind. Hier kann der Richter am wirksamsten die tatsächlichen Besonderheiten der AAB berücksichtigen. Der dem Rechtsstaat verpflichtete Richter muss sich natürlich fragen, wie weit es ihm das Gesetz erlaubt, inhaltliche Anforderungen an AAB zu stellen (vgl. hinten 5.4.).

5.2. *Gültige Einbeziehung in den Vertrag*

5.2.1. *Anwendung des Vertrauensprinzips auf AGB*

Nach schweizerischer Rechtsprechung werden global einbezogene AGB gleich behandelt wie ungelesen unterzeichnete Urkunden². Die Anwendung des Vertrauensprinzips führt zum Ergebnis, dass der Verwender geschützt wird in der Annahme, dass der Kunde sich gemäss dem einbezogenen Text verpflichten wolle. Von dieser Annahme wird aber abgewichen, wenn der Verwender erkannte oder nach der Lebenserfahrung erkennen musste, dass der Inhalt des Textes nicht gewollt sei³. In diesem Fall ist offener Dissens anzunehmen⁴.

Dass der Text in diesem Sinne nicht gewollt ist, muss vor allem in drei Fällen angenommen werden. Erstens dann, wenn der Kunde gar nicht die Möglichkeit hatte, ohne grössere Schwierigkeiten vom Inhalt der AGB Kenntnis zu nehmen, zweitens dann, wenn die AGB einen ungewöhnlichen und drittens wenn sie einen freiheitsbeschränkenden Inhalt aufweisen.

1 MERZ, Massenvertrag, S. 332.

2 Ebd., S. 326.

3 BGE 91 I 11; MERZ, Berner Kommentar, N. 165 f. zu Art. 2 ZGB; SCHULER, AGB, S. 116 ff. mit Hinweisen auf die AGB-Literatur und einer Übersicht über die Rechtsprechung.

4 SCHULER zieht auch den Konsens im Sinne des vom Kunden – soweit für den Verwender erkennbar – Gewollten in Betracht, das Ergebnis hänge aber von der Verteilung der Offerenten- bzw. Akzeptantenrolle im konkreten Fall ab (SCHULER, AGB, S. 117 f.).

52.2. *Möglichkeit der Kenntnisnahme durch den Kunden bzw. Arbeitnehmer*

Nach geltender Rechtsprechung und h.L. genügt grundsätzlich die Möglichkeit der Kenntnisnahme; nicht notwendig ist, dass der Kunde davon Gebrauch macht⁵. Die Kenntnisnahme muss aber «in zumutbarer Weise» möglich sein⁶. So genügt ein Anschlag in den Geschäftsräumen nicht in jedem Fall, sondern nur dann, wenn er als persönliche Mitteilung an jeden Vertragsschliessenden aufgefasst werden muss⁷. MERZ erachtet die Übergabe des Klauselwerks erst bei Vertragsschluss als besonders problematisch⁸, während nach SCHÖNENBERGER/JÄGGI die Kundgabe erst einige Zeit nach dem Vertragsabschluss, insbesondere in einem Bestätigungsschreiben, den Anforderungen nicht genügt⁹.

Diese Beispiele ungenügender Möglichkeit der Kenntnisnahme sind typisch für AGB im Kaufrecht. Für den Arbeitsvertrag sind sie meines Erachtens zu wenig ergiebig. In der rechtstatsächlichen Erhebung¹⁰ hat sich nämlich gezeigt, dass dem Arbeitnehmer anlässlich des Vertragsschlusses oftmals nicht nur ein Exemplar der unterzeichneten Vertragsurkunde mit angehängten Anstellungsbedingungen übergeben wird, sondern auch Druckschriften mit anderen Zwecken. Verbreitet sind Informationsbroschüren über die Unternehmung («Wir stellen uns vor»), und vor allem Reglemente, die offensichtlich eine Ausübung des Weisungsrechts gemäss Art. 321d OR¹¹ darstellen¹². Besonders häufig werden auf diese Art der Ferienbezug (nicht aber die Feriendauer) und die Einteilung der Arbeitszeit, vor allem die «gleitende Arbeitszeit» (nicht aber die Dauer der Arbeitsleistung¹³) geregelt.

Nicht selten werden Informationen, Weisungen und Bestimmungen über die Rechte und Pflichten der Vertragsparteien bunt gemischt in einem einzigen Reglement untergebracht. Ein solcher Eintopf ist kaum geeignet, dem Arbeitnehmer die Kenntnisnahme des Vertragsinhalts in vernünftiger Art zu ermöglichen¹⁴, wie es das Vertrauensprinzip erfordert. Nicht selten werden auf

5 BGE 77 II 156.

6 MERZ, Massenvvertrag, S. 326.

7 SCHÖNENBERGER/JÄGGI, N. 458 zu Art. 1 OR.

8 MERZ, Massenvvertrag, S. 326, Anm. 18.

9 SCHÖNENBERGER/JÄGGI, N. 458 zu Art. 1 OR.

10 Vgl. vorn I. Teil.

11 Gemäss Art. 321d OR hat der Arbeitgeber das Recht, neben Einzelweisungen auch «allgemeine Anordnungen» zu erlassen.

12 Damit soll allerdings nicht gesagt sein, diese Reglemente seien in jedem Fall in vollem Umfang durch das Weisungsrecht gedeckt. Aus diesem Grunde wohl werden auch sie regelmässig als «integrierende Bestandteile» des Arbeitsvertrags bezeichnet.

13 Diese sog. materiellen Arbeitsbedingungen werden typischerweise in Gesamtarbeitsverträgen, in Normalarbeitsverträgen, im unterzeichneten Einzelarbeitsvertrags-Formular, im Anstellungsschreiben oder mündlich vereinbart.

14 MERZ, Massenvvertrag, S. 326.

diese Art vertragliche Pflichten des Arbeitnehmers eingepackt in langatmige Ausführungen über die fortschrittliche Personalpolitik der Unternehmung¹⁵. Dazu seien drei Beispiele erwähnt:

Fall 1: Eine bunt illustrierte Broschüre enthält unter anderem die Rubriken «Wir stellen vor: XY-AG», «Wie unsere Firma organisiert ist», usw. In der Rubrik «Was XY dem Mitarbeiter bietet» findet sich unter dem Titel «Fabrikärztlicher Dienst» die folgende Bestimmung: «Mit dem vertrauensärztlichen Dienst können Sie bald Bekanntschaft schliessen, denn hier werden Sie beim Eintritt untersucht.»

Was hier vielleicht gut gemeint ist, mag der eine oder andere Arbeitnehmer als Eingriff in seine Persönlichkeitsrechte empfinden.

Fall 2: Ein im obengenannten Sinn «gemischtes» Reglement (mit dem Titel «Hausordnung»¹⁶) enthält eine Rubrik «Kantine/Restaurant». Darin steht unter dem Titel «Restaurant»: «In Filialen mit Restaurants darf sich das Chefpersonal im Restaurant verpflegen.»

Durch Umkehrschluss muss der Regelung entnommen werden, dass ausser dem Chefpersonal keine Mitarbeiter im Restaurant essen dürfen. Zweifellos wird durch diese Regelung die persönliche Freiheit des Arbeitnehmers beschränkt, wenn auch nur sehr leicht. Dabei soll ausser acht bleiben, ob eine solche Regelung allenfalls durch das Weisungsrecht gedeckt ist und somit gar keiner vertraglichen Regelung bedürfte. Hier geht es ja um die Frage, ob der vom Arbeitgeber angestrebte Konsens¹⁷ nach Art. 1 OR zustandekam.

Fall 3: Eine ansprechend gestaltete Broschüre soll dem Arbeitnehmer die im «Unternehmenskonzept» enthaltene «Personalpolitik» der Unternehmung näherbringen. In dieser Broschüre heisst es: «UNTERNEHMENSKONZEPT. LIT. B: Zeitgemässe Anstellungsbedingungen und leistungsgerechte Entlohnung sind Grundlage für die Beschaffung und Erhaltung von qualifizierten und loyalen Mitarbeitern.» Dazu folgt unter dem Titel «Einstellung und Austritt»: «Die wirksamste Art der Personalbeschaffung ist die Verhinderung von Austritten fähiger Mitarbeiter.» Aber auch: «Mitarbeiter und Vorgesetzte machen Bekannte auf offene Stellen in der XY-AG aufmerksam.»

Damit wird dem Arbeitnehmer, inmitten seiner Wertschätzung, plötzlich eine Pflicht auferlegt. Wohl ist wiederum die rechtliche Relevanz der Bestimmung nicht ohne weiteres klar, insbesondere ist nur schwer vorstellbar, dass Verletzungen dieser Pflicht rechtliche Folgen haben könnten. Scheitert ihre Verbindlichkeit aber schon an der fehlenden Einbeziehung in den Vertrag, dann erübrigt sich auch ihre Auslegung¹⁸.

Diese drei Beispiele zeigen, dass die Vermischung direktiver, ordnender, informierender und vertraglich verpflichtender Klauseln dem Arbeitnehmer die Kenntnisnahme seiner vertraglichen Pflichten erschwert. Ob dies

15 Damit soll selbstverständlich nichts gegen diese Art der Personalpolitik gesagt sein. Problematisch ist aber deren Gebrauch als Hülle für Arbeitnehmerpflichten.

16 In diesem Reglement finden sich Bestimmungen über Lohn, Ferien, Arbeitszeit, Bekleidung, Weiterbildung, Sportklub usw.

17 Das Reglement soll gemäss Einleitung «ein integrierender Bestandteil des Arbeitsvertrages» sein.

18 Wiederum soll ausser acht bleiben, ob eine solche Bestimmung allenfalls durch das Weisungsrecht in Verbindung mit der Treuepflicht gedeckt ist.

gewollt geschieht, ist unerheblich. Aus dem Vertrauensprinzip folgt, dass in diesen Fällen ein Konsens nach Art. 1 OR nicht ohne weiteres anzunehmen ist¹⁹. Denn der Kunde bzw. Arbeitnehmer muss das ungelesene Unterzeichnete oder Einbezogene nur soweit gegen sich gelten lassen, als dem Unternehmer bzw. Arbeitgeber «nicht bekannt war oder nach den Erfahrungen des Lebens vernünftigerweise bekannt sein musste, dass der Erklärungsinhalt (des Kunden) nicht gewollt sei»²⁰. Nicht gewollt ist der Erklärungsinhalt bei den erwähnten, getarnten Klauseln deshalb, weil die Möglichkeit der Kenntnisnahme auf vernünftige Art nicht bestand. Dabei ist unerheblich, ob die getarnten Klauseln einen freiheitsbeschränkenden oder anderswie den Arbeitnehmer besonders belastenden Inhalt aufweisen. Jede vertragliche Verpflichtung ist unter den erwähnten Umständen als nicht gewollt und somit als *für den Arbeitnehmer* (d.h. einseitig) unverbindlich zu betrachten.

Für den Arbeitgeber folgt daraus: Er muss alle AAB-Klauseln, die vertragliche Verpflichtungen des Arbeitnehmers enthalten, als solche erkennbar machen. Andernfalls riskiert er, dass der Arbeitnehmer diese Klauseln mit Recht nicht gegen sich gelten lässt. Am besten legt er alle vertraglichen Pflichten beider Parteien in einem einzigen Reglement fest. Separat wären dann generelle Weisungen (Sportplatzbenutzung, Parkplatzordnung usw.) zu erlassen und Informationsschriften zu verteilen.

52.3. Ungewöhnlichkeitsregel

Der zweite Fall, in welchem angenommen werden muss, das global Einbezogene sei (teilweise) nicht gewollt, betrifft «ungewöhnliche» Klauseln. Der Verwender kann sich nach h.L. auf die Geltung von Klauseln, mit welchen der Kunde normalerweise nicht rechnet²¹, nicht berufen²². Zur Begründung wird auch hier das Vertrauensprinzip herangezogen²³. Diese Regel steht allerdings unter dem Vorbehalt des Gegenbeweises, des Beweises nämlich, «dass der Kunde der betreffenden Klausel in vollem Bewusstsein zugestimmt hat»²⁴.

Mit SCHULER ist festzuhalten, dass das Bundesgericht diese Regel bisher nicht ausdrücklich anerkannt hat²⁵. In BGE 49 II 167, der häufig als

19 Diese Anwendung des Vertrauensprinzips geht auf BGE 45 I 47 zurück und ist seither von Lehre und Rechtsprechung immer wieder bestätigt worden.

20 BGE 45 I 43 (47). Seither ständige Rechtsprechung und herrschende Lehre (MERZ, Massenvertrag, S. 326).

21 Nach MERZ ist zu prüfen, ob der AGB-Inhalt «ganz oder teilweise so aus dem zu erwartenden Rahmen falle, dass der Erklärende nicht damit habe rechnen müssen, ohne vom Vertragspartner eigens darauf aufmerksam gemacht worden zu sein.» (MERZ, Massenvertrag, S. 326).

22 SCHÖNENBERGER/JÄGGI, N. 498 zu Art. 1 OR, SCHULER, S. 118 f.

23 MERZ, Massenvertrag, S. 326; SCHULER, S. 118.

24 SCHÖNENBERGER/JÄGGI, N. 498 zu Art. 1 OR. Zu betonen ist deshalb, dass die Ungewöhnlichkeitsregel nur für global einbezogene Klauseln gilt.

25 SCHULER, S. 119. Anders AUER, Richterliche Korrektur, S. 16; BAUER, S. 46.

Beleg dient²⁶, war die Ungewöhnlichkeit der fraglichen (Bürgschafts-)Klausel für die Frage eines möglichen Willensmangels gemäss Art. 23 ff. OR von Bedeutung; der Konsens nach Art. 1 OR war uneingeschränkt bejaht worden²⁷.

Für den Bestand der Ungewöhnlichkeitsregel ist dies aber unerheblich. In BGE 98 Ia 314 (321) wurde nämlich der von MERZ und SCHÖNENBERGER/JÄGGI vertretenen Ansicht nunmehr grundsätzlich zugestimmt. Für die Zukunft darf deshalb eine «Weiterentwicklung der Rechtsprechung»²⁸ in diesem Sinne erwartet werden. Unmissverständlich ist aber festzuhalten, dass für die Bestimmung des *Umfangs* der Ungewöhnlichkeitsregel die bundesgerichtliche Rechtsprechung recht wenige Anhaltspunkte bietet. Zur Beantwortung dieser Frage ist deshalb hauptsächlich die Literatur heranzuziehen.

Nach SCHÖNENBERGER/JÄGGI gilt als ungewöhnlich, was *geschäfts-fremd* ist²⁹. Der Kunde habe nur mit solchen Bestimmungen zu rechnen, die den «übereinstimmend gewollten Geschäftskern weiter ausformen»³⁰. Mit SCHULER ist anzunehmen, dass als Rahmen dieser weiteren Ausformung die Grenzen des gesetzlich geregelten Vertragstypus zu betrachten sind³¹.

Ungewöhnlich, weil geschäftsfremd, ist demnach zweifellos eine Bürgschaftsklausel in einem Pfandvertrag³² oder eine Vollmacht zur Ausübung des Stimmrechts hinterlegter Aktien³³.

Nach h.L. ist die Ungewöhnlichkeit *individuell* zu verstehen, so dass für einen branchenfremden Kunden auch eine branchenübliche Klausel ungewöhnlich sein kann³⁴. Dieser Grundsatz ist im Sinne einer wirkungsvollen Anwendung der Ungewöhnlichkeitsregel zu befürworten. Allerdings ist zu bedenken, dass die richterliche Kontrolle von AGB durch diese dem Einzelfall angepasste Betrachtungsweise an *Breitenwirkung* erheblich einbüsst. Die gleiche, in unzähligen Fällen verwendete Klausel kann in einem Vertrag als ungewöhnlich gelten, in einem anderen nicht. Damit wird der grösste Nachteil der richterlichen Kontrolle deutlich: Ihre Wirkung ist nur allzu oft auf den Einzelfall beschränkt.

26 Bei MERZ, AUER, SCHÖNENBERGER/JÄGGI und BAUER, s. Nachweise in FN 106.

27 Gl. A. SCHULER, S. 119.

28 Ebd.

29 SCHÖNENBERGER/JÄGGI, N. 499 zu Art. 1 OR. Zustimmend BAUER, S. 46 und SCHULER, S. 120.

30 Ebd.

31 Ungewöhnlich wären AGB demzufolge dann, wenn sie die Umgestaltung des Rechtsverhältnisses in einen anderen Vertragstyp implizierten (SCHULER, S. 120).

32 BGE 49 II 167. Wie erwähnt, nahm das Bundesgericht hier Irrtum an. Nach h.L. handelt es sich aber um ein Problem der Willensübereinstimmung (Art. 1 ff. OR). Dies hat u.a. zur Folge, dass Schadenersatzansprüche aus Art. 26 OR (fahrlässiger Irrtum) ausgeschlossen sind.

33 SCHÖNENBERGER/JÄGGI, N. 499 zu Art. 1 OR.

34 Ebd., BAUER, S. 46, SCHULER, S. 120.

Im *Arbeitsrecht* ist die von der Lehre entwickelte Ungewöhnlichkeitsregel meines Erachtens in vollem Umfang zur Anwendung zu bringen. Gelegenheiten bieten sich genug.

In Frage kommen insbesondere folgende Klauseln: Verbot der Lohnzession, Wohnsitzvorschrift, Wirteverbot, Zustimmung des Arbeitgebers für das Eingehen einer Bürgschaft durch den Arbeitnehmer, Zustimmung für die Aussage als Zeuge vor Gericht usw. Da mehrere dieser Klauseln auch in weiterer Hinsicht (insbesondere was den Persönlichkeitsschutz betrifft) bedenklich sind, erfolgt ihre Würdigung hinten im 4. Teil.

52.4. *Freiheitsbeschränkende Klauseln – Gerichtsstandsvereinbarung insbesondere*

BAUER betrachtet die Gerichtsstandsklausel als Beispiel einer (besonders) ungewöhnlichen Klausel³⁵. Nach AUER wird die Gerichtsstandsabrede vom Bundesgericht «eo ipso als ungewöhnlich» betrachtet; die Ungewöhnlichkeit werde hier, anders als bei den übrigen ungewöhnlichen Klauseln, nicht aus den Umständen des einzelnen Falles abgeleitet, sondern «unmittelbar aus dem Inhalt der Klausel». Darin könne eine Tendenz zur indirekten Vertragskorrektur erblickt werden³⁶. Besonders deutlich kommt diese Berücksichtigung des Inhalts für die gültige Einbeziehung in den Vertrag bei SCHÖNENBERGER/JÄGGI zum Ausdruck: Neben der Ungewöhnlichkeitsregel (als Schranke für die Geltung von AGB) steht hier der Grundsatz der «Nichtgeltung freiheitsbeschränkender Regeln»³⁷. Diese Systematik ist derjenigen BAUER's vorzuziehen. Denn die Gerichtsstandsklauseln sind nicht in jedem Fall *aussergewöhnlich* geschäftsfremd im vorn³⁸ definierten Sinn. Ihre Besonderheit liegt viel mehr in ihrem freiheitsbeschränkenden Inhalt.

Daraus ergibt sich, dass der zivilrechtliche Persönlichkeitsschutz³⁹ als Grundlage für die Nichtgeltung dieser Klauseln zu betrachten ist⁴⁰. Zwar stellt die Gerichtsstandsvereinbarung nicht an sich eine übermässige (Selbst-) Beschränkung in der persönlichen Freiheit dar. Unzulässig ist die vertragliche Bindung aber dann, wenn die Klausel nicht durch eine «überlegte, bewusste Verpflichtungserklärung» in den Vertrag einbezogen wird⁴¹. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts muss der Wille, einen anderen als den

35 Vgl. seine Systematik, S. 44–47.

36 AUER, S. 16f.

37 SCHÖNENBERGER/JÄGGI, N. 500–504 zu Art. 1 OR.

38 52.3.

39 Art. 27 ZGB.

40 SCHÖNENBERGER/JÄGGI, N. 500 zu Art. 1 OR.

41 Ebd.

verfassungsmässig garantierten Richter zu wählen, durch geeignete Mittel klar und deutlich zum Ausdruck kommen⁴². In AGB muss die Klausel durch eine besondere Schrift hervortreten und an einer gut sichtbaren Stelle angebracht sein⁴³.

Im *Arbeitsrecht* besteht nun eine gewichtige Besonderheit gegenüber dem übrigen Vertragsrecht. Gemäss Art. 343 Abs. 1 OR hat hier der Kläger die Wahl des Gerichtsstandes. Er kann entweder den Richter des (Wohn-)Sitzes des Beklagten oder denjenigen des Arbeitsortes⁴⁴ anrufen. Diese Bestimmung stellt zwar eine Ausnahme vom verfassungsmässigen Recht des Wohnsitzgerichtsstandes (Art. 59 BV) dar. Sie rechtfertigt sich aber daraus, dass die Streitsache aus dem Arbeitsverhältnis in der Regel ortsbezogen ist⁴⁵. Vor allem aber hat sie den Vorteil, dass die in AGB insbesondere des Kaufrechts üblichen⁴⁶ Bestimmungen ausgeschlossen sind, welche den Gerichtsstand des (Wohn-) Sitzes des Verwenders festlegen. Wohl mag der Arbeitsort häufig identisch sein mit dem (Wohn-)Sitz des Arbeitgebers, doch sind Ausnahmen ohne weiteres denkbar⁴⁷.

Nun stellt sich aber die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen das Wahlrecht des Klägers gemäss Art. 343 Abs. 1 OR durch eine AAB-Klausel wegbedungen werden kann, indem für jeden Fall der Gerichtsstand des Arbeitsortes vorgesehen wird⁴⁸. Erhöhte Anforderungen an die Einbeziehung müssten dann gestellt werden, wenn diese Klausel freiheitsbeschränkende Wirkung hätte.

Die Folgen einer solchen AAB-Klausel sind für den Arbeitnehmer aber nicht schwerwiegend. Es sind deren zwei: Erstens kann er den Arbeitgeber nicht an dessen (Wohn-)Sitz belangen, sondern nur am Arbeitsort, was in aller Regel ohnehin für den Arbeitnehmer günstiger ist. Zweitens verliert er die Chance, vom Arbeitgeber an seinem (des Arbeitnehmers) Wohnort belangt zu werden. Diese Chance dürfte aber ohnehin gering sein, denn der Arbeitgeber hat das gleiche Wahlrecht nach Art. 343 Abs. 1 OR wie der Arbeitnehmer⁴⁹ und somit auch ohne AAB Klausel das Recht, vom verfassungsmässig festgelegten Wohnsitzgerichtsstand des Beklagten (Arbeitnehmers) abzuweichen.

42 BGE 87 I 51 (56).

43 BGE 93 I 323 (328 f.).

44 «Ort des Betriebes oder Haushalts, für den der Arbeitnehmer Arbeit leistet» (Art. 343 Abs. 1 OR).

45 SCHWEINGRUBER, Kommentar Arbeitsvertrag, N. 2 zu Art. 343 OR.

46 Vgl. REHBINDER, Kaufrecht, S. 197.

47 Der Begriff «Betrieb» gemäss Art. 343 Abs. 1 OR ist nach BRÜHWILER weiter gefasst als der Begriff «Zweigniederlassung» gemäss Art. 935 OR. Für den «Betrieb» genügt ein Büro mit Telefonanschluss (BRÜHWILER, N. 1 zu Art. 343 OR).

48 Die andere Möglichkeit, nämlich für jeden Fall den Wohnsitzgerichtsstand des Beklagten festzulegen, scheint in der Praxis nicht gebräuchlich zu sein; in meiner Untersuchung kam diese Klausel nie vor.

49 SCHWEINGRUBER, Kommentar Arbeitsvertrag, N. 2 zu Art. 343 OR.

Diese Konsequenzen sind für den Arbeitnehmer somit kaum belastend, in aller Regel sogar belanglos und keinesfalls freiheitsbeschränkend. Daraus folgt: Eine AAB-Klausel, die den Gerichtsstand des Arbeitsortes festlegt, muss zulässig sein. Dies gilt auch dann, wenn sie nicht durch eine besondere Schrift hervorgehoben oder sonstwie deutlich gekennzeichnet ist. Klauseln hingegen, die den Wohnsitz des Verwenders, d.h. des Arbeitgebers, festlegen, sind ungültig. Sie sind mit Art. 343 Abs. 1 OR und Art. 59 BV nicht vereinbar⁵⁰.

Dieses Ergebnis kann nun aber nicht bedeuten, dass die Rechtsprechung zu AGB-Gerichtsstandsklauseln für AAB in jedem Falle unergiebig ist. Meines Erachtens zu Recht haben nämlich MERZ⁵¹ und SCHÖNENBERGER/JÄGGI⁵² erwogen, mit den Regeln über die Gerichtsstandsklausel weitere freiheitsbeschränkende Klauseln zu erfassen. Im Vordergrund stehen Freizeichnungsklauseln⁵³, Schiedsgerichtsklauseln, Verrechnungsverzicht, Erteilung einer Saldoquittung und Umkehrung der Beweislast⁵⁴. Dieses Postulat verdient volle Zustimmung nicht nur was AGB, sondern auch was AAB betrifft⁵⁵. Dabei ist aber ganz klar festzuhalten, dass damit eine *verdeckte Inhaltskontrolle* betrieben wird. Dies ist jedenfalls so lange zu verantworten, als nur wirklich freiheitsbeschränkende und nicht «bloss» unbillige⁵⁶ Klauseln den erschwerten Geltungsvoraussetzungen unterstellt werden. Bei freiheitsbeschränkenden Klauseln aber muss der Verwender (Arbeitgeber) grundsätzlich annehmen, sie seien nur dann vom Vertragspartner gewollt, wenn dies klar und deutlich zum Ausdruck kommt.

5.3. *Auslegung zu Ungunsten des Arbeitgebers*

53.1. *Unklarheitenregel*

Ein weiteres Mittel der konventionellen richterlichen AGB-Kontrolle ist die Auslegung zu Ungunsten des Verwenders. Nach konstanter Rechtsprechung des Bundesgerichts sind unklare AGB-Bestimmungen «zuungunsten der

50 Art. 343 Abs. 1 OR wird zwar unter den relativ und absolut zwingenden Vorschriften nicht erwähnt (Art. 361 f. OR). Diese Bestimmung kann aber nicht zur Disposition der Parteien stehen, da sie eine Ausnahme von Art. 59 BV darstellt (vgl. vorn FN 45).

51 MERZ, Massenvertrag, S. 328 f.

52 SCHÖNENBERGER/JÄGGI, N. 504 zu Art. 1 OR.

53 MERZ, Massenvertrag, S. 328.

54 SCHÖNENBERGER/JÄGGI, N. 504 zu Art. 1 OR.

55 Vgl. die Beispiele vorn 52.3. am Schluss. Zur rechtlichen Würdigung s. hinten IV. Teil.

56 Dass Ungewöhnlichkeit mit Unbilligkeit nicht identisch ist, hat MERZ mit aller Deutlichkeit gezeigt (Massenvertrag, S. 330). Ebenso AUER, S. 15.

Partei auszulegen, die sie geschrieben hat»⁵⁷. Dieser Grundsatz entspricht dem Vertrauensprinzip: «Wer den vom Vertragspartner redigierten Text unterschreibt, soll sich darauf verlassen können, dass ihm keine Fallstricke gelegt werden»⁵⁸.

In der neueren bundesgerichtlichen Rechtsprechung wird dieser Grundsatz nun relativiert. Die Unklarheitenregel sei erst dann anzuwenden, «wenn die übrigen Auslegungsmittel versagen und bestehende Zweifel nicht anders behoben werden können»⁵⁹. Das Bundesgericht schliesst sich damit der Ansicht SCHÖNENBERGER/JÄGGI's an: Nur im Zweifel sei gegen den Verwender zu entscheiden; ein Zweifel liege aber nicht schon dann vor, wenn der Wortlaut auslegungsbedürftig sei⁶⁰.

Diese Einschränkung der Unklarheitenregel geht, soweit ersichtlich, auf Max KELLER⁶¹ zurück, der nun aber in der Folge auch diese «subsidiäre» Geltung des Grundsatzes verneint und die Unklarheitenregel (wenigstens für den Versicherungsvertrag) überhaupt abgelehnt hat⁶². LÖRTSCHER hat diese Ansicht übernommen mit der Begründung, die Unklarheitenregel verkenne völlig das Wesen der Auslegung und sei mit dem Vertrauensprinzip unvereinbar: «Denn die Auslegung dient ja eben gerade der Ausräumung solcher Unklarheiten durch Feststellung des Sinnes einer Vertragsabrede»⁶³. Wenn die Auslegung nach Vertrauensprinzip die Unklarheit einer Abrede nicht zu klären vermöge, dann «haben sich eben die Parteien einander gar nicht verständlich gemacht, so dass eine verbindliche Abrede überhaupt nicht zustandegekommen ist»⁶⁴.

Damit verkennt nun LÖRTSCHER meines Erachtens nicht das Wesen der Auslegung, sondern das der AGB: Für sie ist ja kennzeichnend, dass der Konsens nicht den AGB-Inhalt im einzelnen umfasst, sondern nur die Absicht der Einbeziehung in den Vertrag. Somit ist es wenig konsequent, einer einzelnen (unklaren) Klausel, die typischerweise ebensowenig wie alle andern vom Kunden zur Kenntnis genommen wurde, die Geltung wegen mangelnden Konsenses zu versagen. Sie ist vielmehr wie alle anderen nach dem Vertrauensprinzip auszulegen. Unklarheiten hat allein der Verwender zu verantworten. Dabei ist, wie MERZ festhält, eine subjektive Benachteiligungsab-

57 BGE 100 II 145 (153) mit Verweis auf zahlreiche frühere Entscheide. Im neuen deutschen AGB-Gesetz (§ 5) hat die Unklarheitenregel folgenden Wortlaut: «Zweifel bei der Auslegung Allgemeiner Geschäftsbedingungen gehen zu Lasten des Verwenders.»

58 MERZ, Berner Kommentar, N. 157 zu Art. 2 ZGB.

59 BGE 100 II 140 (153).

60 SCHÖNENBERGER/JÄGGI, N. 489 zu Art. 1 OR.

61 M. KELLER, Die Auslegung obligationenrechtlicher Verträge, in: SJZ 1961, S. 313–322 (321 f.).

62 M. KELLER, Kommentar zum VVG, Bern 1968, 3. Abschn., 1. Kap., § 2 I zu Art. 33 VVG (S. 463).

63 LÖRTSCHER, S. 110.

64 Ebd.

sicht keineswegs erforderlich⁶⁵. Wer AGB aufstellt und einem Vertrag zugrundelegt, muss nach Treu und Glauben für einen unmissverständlichen Inhalt sorgen.

53.2. *Grenzen der indirekten richterlichen Inhaltskontrolle*

Bedenken gegenüber der Unklarheitenregel ergeben sich aber aus einem anderen Grund. Schon RAISER hatte vermutet, dass der Unternehmer «allen Scharfsinn seiner juristischen Berater daransetzen (wird), die Klausel, auf die es ihm ankommt, noch unzweideutiger, noch allgemeiner, kurz also gegen solche Art von Auslegungskontrolle noch weniger angreifbar zu machen»⁶⁶. BAUER befürchtet gar, die Unklarheitenregel animiere den Aufsteller von AGB «noch zu umfangreicheren und ausgeklügelteren Regelungen, vor denen der Durchschnittskunde nur resignierend kapitulieren kann»⁶⁷.

Dies kann aber letztlich nicht gegen die Unklarheitenregel sprechen. Es folgt daraus einzig, dass sie allein keinen genügenden Schutz des Kunden bzw. Arbeitnehmers bietet. Geltungsschranken und einengende Auslegung vermögen nur in sehr beschränktem Mass der Gefahr einseitiger Eigennützigkeit von AGB und AAB entgegenzuwirken.

Zwar wäre es möglich, durch Ausdehnung der Unklarheitenregel über wirkliche Zweifelsfälle (also unklare Klauseln) hinaus eine gewisse Inhaltskontrolle durchzuführen. Auch unmissverständliche Klauseln würden dann durch richterliche «Auslegung» abgeändert. Dagegen erheben sich aber rechtliche Bedenken. Jede richterliche Korrektur von Vertragsinhalten sollte meines Erachtens auf eine Rechtsgrundlage abgestützt werden können. Der Auslegung als Sinnermittlung sind hier enge Grenzen zu setzen. Zu Recht wird deshalb in der Literatur vor einem Missbrauch der Unklarheitenregel gewarnt⁶⁸. Umso stärker wird das Bedürfnis nach einer offenen Inhaltskontrolle; sie allein verspricht einen wirksamen richterlichen Schutz vor einseitig eigennütziger AGB.

5.4. *Offene Inhaltskontrolle*

54.1. *Problemstellung*

Bei AGB ist der Interessenausgleich zwischen den Vertragsparteien typischerweise gestört, indem der Kunde bzw. Arbeitnehmer den Vertragsinhalt überhaupt nicht oder nur ungenügend erfassen und damit kontrollieren kann.

65 MERZ, Berner Kommentar, N. 157 zu Art. 2 ZGB.

66 RAISER, Richterliche Kontrolle, S. 133.

67 BAUER, S. 55.

68 RAISER, AGB, S. 264 ff.; MERZ, Massenvertrag, S. 336; AUER, S. 11 f.; HECHT, S. 67.

Es liegt nahe, angesichts dieser fehlenden Kontrolle des Vertragspartners eine richterliche Kontrolle in Betracht zu ziehen.

Im Gegensatz zur Rechtsprechung anderer Industrieländer verhielt sich das Schweizerische Bundesgericht ausserordentlich zurückhaltend. Dies kann nicht allein daran liegen, dass im schweizerischen Recht keine gesetzliche Ermächtigung für eine richterliche Inhaltskontrolle besteht, stellte doch die entsprechende Regelung im italienischen Recht während langer Zeit die Ausnahme dar⁶⁹. Vielmehr ist anzunehmen, der Respekt vor dem privatautonom gesetzten Vertragsinhalt sei der Grund für die Zurückhaltung des Bundesgerichts. So konzentrierte sich seine AGB-Kontrolle auf die Überprüfung des Vertragschlusses an sich, d.h. – jedenfalls theoretisch – ohne Berücksichtigung des Vertragsinhalts. Was dann nach dem Vertrauensprinzip als Vertragsinhalt Geltung erlangte, blieb unbehelligt. Die vorn dargelegten Ausführungen über die vom Bundesgericht festgelegten Voraussetzungen für die gültige Einbeziehung in den Vertrag haben aber gezeigt, dass damit eine befriedigende AGB-Kontrolle nicht realisierbar ist. Nicht jede unbillige Klausel ist auch ungewöhnlich und somit als nicht in den Vertrag einbezogen zu betrachten.

Im folgenden sind de lege lata die Möglichkeiten einer richterlichen Inhaltskontrolle zu betrachten. Einmal mehr sind dabei die Besonderheiten des Arbeitsrechts zu berücksichtigen; wurde doch die Auseinandersetzung um die Inhaltskontrolle von AGB vor allem in neuerer Zeit weitgehend im Zeichen des Konsumentenschutzes geführt.

54.2. *Gesetzliche Grundlage*

54.21. *Verbot des Monopolmissbrauchs*

Ausgangsbasis für die deutsche AGB-Inhaltskontrolle bildete die Annahme, bei Verwendung von AGB bestehe u.U. die Gefahr eines Verstosses gegen die guten Sitten gemäss § 138 BGB, nämlich dann, wenn gleichzeitig eine Monopolsituation besteht: «Wo der einzelne ein ihm tatsächlich zustehendes Monopol oder den Ausschluss einer Konkurrenzmöglichkeit dazu missbraucht, dem allgemeinen Verkehr unbillige und unverhältnismässige Bedingungen vorzuschreiben, da können dieselben rechtliche Anerkennung nicht finden»⁷⁰.

69 ULMER, AGB-Kommentar, Einleitung, S. 21. Neben dem deutschen AGB-Gesetz bestehen nunmehr in den USA und in Schweden Regelungen, die aber nicht nur AGB erfassen, sondern unangemessene Klauseln überhaupt, d.h. auch solche in Einzelverträgen (dazu VON HIPPEL, Zur richterlichen Kontrolle unlauterer Geschäftsbedingungen in den Vereinigten Staaten, in: Rabels Z. 1969, S. 564–568 (564)).

70 Entscheidung des deutschen Reichsgerichts vom 8. 1. 1906, RGZ 62, S. 264 ff.

Diese Ausgangsbasis erwies sich als zu schmal⁷¹, war doch damit die Inhaltskontrolle an den Nachweis einer Monopolstellung gebunden. Für AGB ist aber charakteristisch, dass die Gefahr einseitiger Eigennützigkeit nicht oder nicht primär aus der starken Marktstellung resultiert⁷².

Aus diesem Grund ist auch für das schweizerische Recht der Vorschlag STOCKAR's abzulehnen, durch analoge Anwendung der Bestimmungen von Art. 100 Abs. 2 und 3 OR (die nach dem Gesetzeswortlaut nur für konzessionierte Gewerbe gelten) auch auf sogenannte faktische Monopole eine richterliche Kontrolle einzuführen⁷³. Nach heute h.L.⁷⁴ hat sich das Bundesgericht zu Recht der deutschen Monopolrechtsprechung nicht angeschlossen⁷⁵.

54.22. *Verbot des sittenwidrigen Vertragsinhalts*

Deutlicher als § 138 BGB regelt Art. 20 OR den *Inhalt* des Vertrages: «Ein Vertrag, der einen unmöglichen oder widerrechtlichen Inhalt hat oder gegen die guten Sitten verstösst, ist nichtig»⁷⁶. Somit wäre die schweizerische Rechtsprechung nicht gezwungen, über den Kunstgriff des Monopolmissbrauchs den Vertragsinhalt zu überprüfen⁷⁷. Eine Verletzung der guten Sitten wird aber vom Bundesgericht nicht ohne weiteres angenommen. Eine «bloss» unbillige Vertragsklausel kann nicht schon deshalb gegen die guten Sitten verstossen, weil sie in AGB enthalten ist. So hat das Bundesgericht in dieser Frage (anders als etwa bei der Unklarheitenregel) eine Sonderbehandlung der AGB gegenüber Einzelverträgen nicht vorgenommen⁷⁸.

Tatsächlich würde es' auch der bisher in der Lehre bestehenden Auffassung über Sinn und Zweck von Art. 20 Abs. 1 OR deutlich widersprechen, wollte man aufgrund dieser Norm eine wirksame Inhaltskontrolle einführen. Sie soll nämlich dazu dienen, «die Parteien von unsittlichem Handeln abzuhalten und die durch das böse Beispiel gegebene Gefährdung der Moral zu verhüten; sie will zugleich bestimmte grundlegende, allgemein anerkannte Werte des menschlichen Zusammenlebens schützen»⁷⁹. Solches von AGB nur aufgrund ihrer potentiell einseitigen Eigennützigkeit anzunehmen, erscheint nun doch übertrieben.

71 REHBINDER, Inhaltskontrolle, S. 24.

72 Vgl. vorn II. Teil, 1.2.

73 STOCKAR, Zur Frage der richterlichen Korrektur von Standardverträgen nach schweizerischem Recht, Basel/Stuttgart 1971, S. 25–35.

74 SCHULER, S. 149, AUER, S. 20, SCHÖNENBERGER/JÄGGI, N. 512 zu Art. 1 OR; s. auch MERZ, Massenvertrag, S. 333 f.

75 BGE 84 II 22; 94 II 207 f.

76 Demgegenüber spricht § 138 von einem «Rechtsgeschäft, das gegen die guten Sitten verstösst».

77 Gl. M. AUER, S. 20.

78 BGE 51 II 281, 57 II 588.

79 VON TUHR/PETER, OR, Bd. I, S. 255.

Nach SCHÖNENBERGER/JÄGGI gerät ein Vertrag «mit ungewöhnlichen oder dem dispositiven Recht widersprechenden Klauseln», dem der Kunde in seiner Unerfahrenheit nur global zugestimmt hat, «wegen der Art seines Abschlusses in die Nähe der sittenwidrigen Verträge (Art. 21)»⁸⁰.

Auf den ersten Blick erheben sich Zweifel an dieser Argumentation. MERZ und HAUSHEER haben darauf hingewiesen, dass die Übervorteilung gemäss Art. 21 OR. also der zivilrechtliche Wucher, im Missverhältnis der Hauptleistungen des Vertrags zum Ausdruck komme, während doch die AGB typischerweise Nebenleistungen oder die Modalitäten der rechtlichen Abwicklung des Vertrags regelten⁸¹. Diese Nebenleistungen könnten das für die Übervorteilung vorausgesetzte Missverhältnis der Hauptleistungen wohl unterstreichen, sie vermöchten es aber nicht selbst zu begründen⁸². Zudem liessen sich die subjektiven Voraussetzungen der Übervorteilung, nämlich die Ausbeutung der Notlage, der Unerfahrenheit oder des Leichtsinns, auf AGB-Verträge weniger gut anwenden, als auf typische Wucherfälle⁸³.

Dennoch will MERZ «eine andere, differenziertere Betrachtungsweise» nicht ausschliessen. Was den Begriff der Unerfahrenheit betrifft, so gibt die neuere bundesgerichtliche Rechtsprechung Anlass zu Optimismus: «Unerfahrenheit» soll demnach schon dann vorliegen, wenn jemand die Tragweite eines Geschäfts nicht zu erfassen vermag; völlige Geschäftsunerfahrenheit wäre nicht notwendig. Die Betrachtungsweise ergibt sich nach Ansicht des Bundesgerichts daraus, «dass mit der fortschreitenden Entwicklung die technischen Probleme selbst im täglichen Leben immer vielgestaltiger und komplizierter werden, mit der Folge, dass der Einzelne in immer zunehmendem Masse genötigt ist, sich auf Spezialisten zu verlassen, ohne sich vom wahren Wert ihres Angebotes ein richtiges Bild machen zu können. Mit dieser Entwicklung hat der Schutz des Vertragschliessenden Schritt zu halten»⁸⁴. Zweifellos lässt sich unter den derart gefassten Begriff der Unerfahrenheit auch die typische Situation des Vertragschlusses mit Verwendung von AGB oder AAB fassen.

Problematischer dürfte dagegen der Nachweis sein, dass bei Verwendung unbilliger oder den Kunden sonstwie benachteiligender Klauseln ein Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung vorliege. MERZ ist auch in dieser Frage optimistisch: «Ob ein Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung vorliegt, wäre unter Einbeziehung der Modalitäten, insbesondere

80 SCHÖNENBERGER/JÄGGI, N. 511 zu Art. 1 OR.

81 MERZ, *Massenvertrag*, S. 334; HAUSHEER, *Allgemeinverbindlicherklärung*, S. 285.

82 HAUSHEER, *ebd.*

83 MERZ, *Massenvertrag*, S. 334.

84 BGE 92 II 175 f.

der Haftungsbeschränkungen und Freizeichnungen zu prüfen, deren einschneidende Wirkung ja regelmässig gerade aus den zur Beurteilung gelangenden Fällen ersichtlich ist»⁸⁵. Allerdings ist damit auch gesagt, dass eine individuelle Beurteilung jeder einzelnen Klausel ausgeschlossen wäre; vielmehr müsste der Vertrag in seiner Gesamtheit beurteilt werden durch Abwägung aller Leistungen beider Parteien. Dies würde die sichere Beurteilung, ob eine bestimmte Klausel vor dem Richter standhalten würde, nahezu verunmöglichen. Rechtssicherheit und faktische Breitenwirkung der Urteile wären erheblich beeinträchtigt. Sicher ist, dass nur Klauseln mit «einschneidender Wirkung» (wie die von MERZ erwähnten Freizeichnungsklauseln) einer Korrektur durch den Richter zugänglich wären.

Dies müsste gleichermassen für das Arbeitsrecht gelten. Klauseln, die etwa die Persönlichkeitsrechte des Arbeitnehmers beschränkten (ohne jedoch nach Art. 27 ZGB und 20 OR widerrechtlich bzw. unsittlich zu sein), könnten unter diesem Aspekt kaum behelligt werden. Denn unter diesem (Miss-) Verhältnis von Leistung und Gegenleistung ist nun wirklich kaum etwas anderes zu verstehen als ein Verhältnis zwischen wirtschaftlichen Leistungen. Nicht zu erfassen wären somit AAB-Klauseln, welche die Ordnung im Betrieb und die Eingliederung des Arbeitnehmers in die arbeitsteilige Organisation regeln.

Dennoch sollte meines Erachtens dieser Ansatz der Uebervorteilung nach Art. 21 OR für die Inhaltskontrolle auch von AAB nicht gänzlich fallengelassen werden, sind doch zweifellos auch hier materiell belastende Klauseln denkbar.

Als Ergebnis ist festzuhalten, dass eine Inhaltskontrolle gestützt auf Art. 21 OR einen gewissen Schutz vor materiell grob unbilligen Klauseln gewähren könnte. Dies ist dadurch möglich geworden, dass die Begriffe «Unerfahrenheit» und «Missverhältnis» (zwischen Leistung und Gegenleistung) in Lehre und Rechtsprechung neu gefasst worden sind. Damit verliert der Tatbestand der Übervorteilung seinen deliktischen Charakter und seine pönale Funktion, die von SCHWEINGRUBER schon vor langer Zeit als bedauerlich und für eine zeitgemässe Entwicklung von Art. 21 OR als hindernd beurteilt worden sind⁸⁶.

54.24. *Billigkeitsgebot bei einseitiger Inhaltsgestaltung*

54.24.1. *Deutsches Recht*

Die Möglichkeit einer umfassenden Inhaltskontrolle verspricht ein anderer, wiederum in Deutschland entwickelter Ansatz. Ausgangspunkt bildet

85 MERZ, Massenvertrag, S. 334.

86 SCHWEINGRUBER, Die wirtschaftlich schwächere Vertragspartei, Diss. Bern 1930, S. 173.

§ 315 BGB: «Soll die Leistung durch einen der Vertragschliessenden bestimmt werden, so ist im Zweifel anzunehmen, dass die Bestimmung nach billigem Ermessen zu treffen ist» (§ 315 Abs. 1 BGB). Nach LARENZ liegt nun bei der einseitigen Aufstellung von AGB eine sehr ähnliche Situation vor wie sie von § 315 BGB vorausgesetzt wird. Daraus folge, dass auch bei AGB der Schutzgedanke des § 315 BGB zum Tragen kommen müsse⁸⁷.

LUKES untermauerte diese Argumentation mit der Begründung, die Norm von § 315 BGB regle zwar nur einen Sonderfall; doch liege ihr der allgemeine Grundsatz zugrunde, wonach die Befugnis zu einseitiger Gestaltung von mehrseitigen Rechtsverhältnissen nur innerhalb gewisser Schranken ausgeübt werden dürfe. Damit werde die Privatautonomie beschränkt. Wenn nun statt einer vertraglich eingeräumten Gestaltungsbefugnis eine solche aufgrund faktischer Übermacht bestehe, müssten die gleichen Schranken der Privatautonomie gelten⁸⁸.

Diese Ansicht, die auch in der Rechtsprechung eine gewisse Resonanz fand⁸⁹, blieb allerdings nicht unwidersprochen. ESSER wandte sich gegen die analoge Anwendung von § 315 BGB mit dem Argument, diese Norm stelle nichts anderes dar als ein Instrument zur Ergänzung eines unvollständigen Vertragsinhalts und enthalte insbesondere kein allgemeines Korrekturprinzip unbilliger Verträge⁹⁰. Im weiteren wird gegen die analoge Anwendung von § 315 BGB u.a. vorgebracht, das Billigkeitsgebot dieser Norm bestehe nicht wegen eines ungleichen Kräfteverhältnisses der Vertragsparteien, sondern weil der Bestimmungsberechtigte sich zur Leistungsbestimmung nach billigem Ermessen verpflichtet habe. Nur bei Ermessensbindung durch vorherige Vereinbarung bestehe das Erfordernis der Billigkeit nach § 315 BGB⁹¹.

Insgesamt zeigte die vor Einführung des AGB-Gesetzes bestehende Lehre in Deutschland zu diesem Ansatz kein einheitliches Bild.

54.24.2. *Schweizerisches Recht*

In der Schweiz ist die erwähnte Ansicht LARENZ' von MERZ und AUER übernommen worden. Sie anerkennen zwar übereinstimmend, dass das OR eine dem § 315 BGB entsprechende Regelung nicht kenne⁹², doch finde der ihm

87 LARENZ, Lehrbuch des Schuldrechts, Allgemeiner Teil, 11. A., München 1976, § 6 III., S. 73.

88 LUKES, § 315 BGB als Ausgangspunkt für die Inhaltskontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen, in: NJW 1963 S. 1897 ff. (1899 f.).

89 BGHZ 38, S. 183 ff.

90 ESSER, Schuldrecht, Allgemeiner Teil, 4. A., S. 95.

91 H. J. WEBER, Allgemeine Geschäftsbedingungen, S. 53 ff.

92 MERZ, Berner Kommentar, N. 178 zu Art. 2 ZGB; AUER, Richterliche Korrektur, S. 58.

zugrunde liegende Gedanke in Art. 71 Abs. 2 OR Ausdruck⁹³ «und wäre der Verallgemeinerung in dem Sinne zugänglich, dass der Richter die einseitige Vertragsgestaltung daraufhin überprüft, ob sie auch den Interessen der anderen Vertragspartei entspricht»⁹⁴.

Während sich MERZ über die Rechtsfolgen einer solchen Überprüfung nicht äussert, sollen es nach AUER die gleichen sein wie nach deutschem Recht: Habe der Richter eine Ermessensüberschreitung festgestellt, dann sei die Vertragsbestimmung in diesem Umfang als ungültig zu erklären. Die entstandene Lücke habe der Richter nach billigem Ermessen auszufüllen⁹⁵.

In neuerer Zeit ist diese Ansicht auf Ablehnung gestossen. STOCKAR bezeichnet es als fraglich, ob Art. 71 Abs. 2 OR eine tragfähige Grundlage für eine umfassende Inhaltskontrolle von Standardverträgen darstellen könne. Schon die analoge Anwendung von § 315 BGB auf AGB sei abzulehnen, da es nicht angehe, «die Zustimmung des Kunden zu den unternehmerischen Bedingungen als Gestaltungsermächtigung zu qualifizieren bzw. von einem Fall vertraglich eingeräumten Ermessens zu sprechen»⁹⁶. Andernfalls müsste man – nach STOCKAR – auch die Individualverträge dieser Inhaltskontrolle unterstellen, soweit sie ihre Verbindlichkeit der diskussionslosen Zustimmung des einen Vertragspartners verdanken⁹⁷. Für das schweizerische Recht komme dazu, dass Art. 71 Abs. 2 OR wesentlich enger gefasst sei als § 315 BGB und somit noch weniger einer analogen Anwendung zugänglich sein könne.

Im gleichen Sinne äussert sich SCHULER. Beide Normen hätten bloss vertragsergänzenden Charakter. Bei Art. 71 Abs. 2 OR komme dies besonders deutlich zum Ausdruck, stehe er doch im Zusammenhang mit der Erfüllung der Obligation. Zudem habe er dispositiven Charakter, was jeden Zweifel daran ausschliesse, «dass dieser Bestimmung nicht die Funktion zukommt, die Privatautonomie derjenigen Partei zu begrenzen, die der andern ihre Mitgestaltungsbefugnisse überlässt»⁹⁸.

Dieser Argumentation ist zuzustimmen, und auch für AAB kann nichts anderes gelten: auch hier liegt eine faktische Unterwerfung unter eine vorbereitete Vertragsordnung vor, welche über eine Analogie der Norm von Art. 71 Abs. 2 OR (bzw. dem dieser Norm zugrunde liegenden Prinzip) unterstellt werden müsste. Die Billigkeitskontrolle stellt meines Erachtens aber

93 MERZ, ebd., Art. 71 Abs. 2 OR lautet: «Ist die geschuldete Sache nur der Gattung nach bestimmt, so steht dem Schuldner die Auswahl zu, sofern sich aus dem Rechtsverhältnis nicht etwas anderes ergibt. Er darf jedoch nicht eine Sache unter mittlerer Qualität anbieten.»

94 MERZ, Massenvertrag, S. 342.

95 AUER, S. 60.

96 STOCKAR, Richterliche Korrektur, S. 100.

97 Ebd., S. 101.

98 SCHULER, AGB, S. 157.

einen so schweren Eingriff in die Privatautonomie dar, dass man sich mit einer derart schmalen Rechtsgrundlage nicht zufrieden geben kann.

Indessen weist das Arbeitsverhältnis eine Besonderheit auf, welche die Billigkeitskontrolle möglicherweise doch noch rechtfertigen könnte. Einmal mehr geht es um die Eingliederung des Arbeitnehmers in die arbeitsteilige Organisation.

54.24.3. Einseitige Leistungsbestimmung im Arbeitsverhältnis

Dass die Tatsache der organisatorischen Eingliederung des Arbeitnehmers in den Betrieb einer rechtlichen Regelung bedarf, ist unbestritten. SÖLLNER fordert nun aber, dem Arbeitgeber müsse infolge dieser Eingliederung nicht nur ein Weisungsrecht zustehen, sondern auch ein Recht auf Gestaltung des Vertragsverhältnisses. Er begründet dies damit, dass das Arbeitsverhältnis einer ständigen Fortbildung bedürfe: Wer sich zur Leistung von Diensten für einen längeren Zeitraum verpflichte, müsse mit späteren Veränderungen rechnen⁹⁹. Laufende Umgestaltungen des Arbeitsverhältnisses beruhten aber – immer nach SÖLLNER – höchst selten auf Änderungsverträgen, denn das Arbeitsverhältnis lasse sich «ebensowenig wie die Ehe auf eine endlose Reihe von immer wieder neuen oder erneuerten Verträgen zurückführen»¹⁰⁰. Immerhin anerkennt er einschränkend, dass gewisse vertraglich festgelegte Arbeitsbedingungen der Rechtsgestaltung des Arbeitgebers entzogen seien, nämlich solche, mit welchen «nach dem Willen der Parteien das Arbeitsverhältnis stehen oder fallen soll»¹⁰¹.

Diese Befugnis des Arbeitgebers fasst SÖLLNER schliesslich als (echtes) Gestaltungsrecht¹⁰² auf und will sie damit den Schranken von § 315 BGB unterstellt sehen, mit dem Resultat, dass sie nach Billigkeit auszuüben wäre¹⁰³.

Diese Konstruktion SÖLLNER's wurde vielfach kritisiert¹⁰⁴. Es ist tatsächlich nicht zu bestreiten, dass SÖLLNER unkonventionelle Wege beschritten hat. Als bedenklich wurde vor allem erachtet, dass aufgrund «faktischer Abhängigkeitsstrukturen» ein «Gestaltungsrecht des Mächtigen» anerkannt werde¹⁰⁵. Dazu ist immerhin festzuhalten, dass diese Befugnis gerade mit dem

99 SÖLLNER, Einseitige Leistungsbestimmung, S. 48.

100 Ebd., S. 50.

101 Ebd., S. 48.

102 Darunter versteht er «die von der Rechtsordnung verliehene Macht, durch eine von der Zustimmung des Betroffenen nicht abhängige Erklärung einen beabsichtigten wirtschaftlichen Erfolg in den entsprechenden rechtlichen umzustellen» (ebd., S. 23).

103 Ebd., S. 25.

104 MAYER-MALY, Gestaltungsrecht, RdA 1965, S. 361 f.; BLOMEYER, Befristeter Arbeitsvertrag, RdA 1967, S. 406 ff.; WESTHOFF, Inhaltskontrolle, S. 63 ff.

105 WESTHOFF, Inhaltskontrolle, S. 64.

Kunstgriff des Gestaltungsrechts doch erheblich begrenzt werden könnte, da sie ja dadurch der Billigkeitskontrolle unterstehen würde.

Wie mehrmals erwähnt, ist die Eingliederung des Arbeitnehmers in die arbeitsteilige Organisation meines Erachtens eine auch rechtlich anzuerkennende arbeitsorganisatorische Notwendigkeit¹⁰⁶. Sie rechtfertigt unter anderem die Verwendung von AAB mit dem Ziel, einheitliche Arbeitsbedingungen zu verwirklichen. Hingegen ergibt sich meines Erachtens keine Notwendigkeit, dem Arbeitgeber ein derart umfangreiches Gestaltungsrecht zuzuerkennen wie SÖLLNER dies fordert. Mit dem Weisungsrecht¹⁰⁷ lässt sich das angestrebte Ziel, nämlich die Anpassung des Arbeitsverhältnisses an sich ändernde Umstände, weitgehend ebensogut erreichen.

Schliesslich bleibt festzuhalten, dass die von SÖLLNER geforderte Inhaltskontrolle nicht auf AAB begrenzt wäre. Sie würde alle Arbeitsverhältnisse umfassen, bei welchen eine organisatorische Eingliederung festzustellen wäre, also auch diejenigen, welche auf einem vollständig ausgehandelten Einzelvertrag beruhen. Insofern würde sie keinen spezifischen Schutz vor einseitig eigennützigen AAB darstellen.

In diesem Zusammenhang ist meines Erachtens auch die in ZR 60 (1961) Nr. 130 veröffentlichte Entscheidung des Zürcher Obergerichts sowie die darauf folgende Berufungsentscheidung des Bundesgerichts zu betrachten. In jenem Fall wurden AAB mit folgendem Text verwendet: «Sämtliche Angestellten mit Monatssalär sind bei der SUVA obligatorisch und ausserdem durch eine Zusatzversicherung mit der Schweiz. Unfallversicherungs-Gesellschaft «Winterthur» versichert.» Die Höhe dieser Zusatzversicherung sowie die Einordnung der Angestellten in verschiedene Versicherungsklassen sollte gemäss AAB dem Arbeitgeber überlassen bleiben. Das Obergericht entschied, der Arbeitgeber dürfe dieses Ermessen «nicht unbeschränkt, sondern nur den Verhältnissen gemäss» ausüben. Das Bundesgericht ergänzte, im konkreten Fall sei die tatsächliche Stellung des Arbeitnehmers im Betrieb «nach Treu und Glauben für das Ausmass der Versicherungspflicht massgebend» gewesen (E.4). Ausdrücklich wurde aber das entsprechende *Reglement* (AAB) einer *einzelvertraglichen* Vereinbarung *gleichgestellt*; es ging einzig um das vertraglich eingeräumte Ermessen und in keiner Weise um die Sonderproblematik der AAB.

Der entscheidende Schritt, nämlich die Analogie zwischen einem solchen vertraglich eingeräumten Ermessen und dem Sachverhalt global einbezogener AAB ist bisher von der schweizerischen Rechtsprechung in keiner Weise in Erwägung gezogen worden.

106 Dazu vorn II. Teil, 21.1.

107 Dazu vorn II. Teil, 21.4.1.

Im Jahre 1956 erging eine Entscheidung des deutschen Bundesgerichtshofs, die seither als entscheidender Durchbruch gilt: Damit sei die Inhaltskontrolle von der Einschränkung auf Fälle des Monopolmissbrauchs befreit worden¹⁰⁸. Der BGH stützte sich nunmehr auf den Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB)¹⁰⁹. Gegen diese Norm verstossen demnach AGB, wenn sie das dispositive Recht ausschalten, «ohne dem Kunden in anderer Weise einen angemessenen Schutz zu sichern»¹¹⁰. Dabei wird vorausgesetzt, dass bei AGB eine vertragliche Richtigkeitsgewähr nicht besteht. In der Folge verwendete die deutsche Rechtsprechung verschiedenste Formulierungen für diese Situation; unwirksam seien AGB-Klauseln insbesondere, wenn sie nicht sachgerecht¹¹¹, unzumutbar¹¹² und nicht durch berechnigte Interessen des Unternehmers gerechtfertigt¹¹³ sind oder eine ungerechtfertigte Belastung des Kunden darstellen¹¹⁴, nicht die Belange beider Vertragsseiten nach Treu und Glauben angemessen berücksichtigten¹¹⁵ oder schlicht «mit Treu und Glauben nicht vereinbar»¹¹⁶ sind.

Das deutsche AGB-Gesetz, in Kraft seit dem 1. 4. 1977, hat diese Rechtsprechung im Ergebnis kodifiziert. § 9 dieses Gesetzes lautet (im Abschnitt «Unwirksame Klauseln»): «Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen sind unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen»¹¹⁷.

Daraus ergibt sich unmissverständlich, dass für die Folge der Unwirksamkeit *kein Rechtsmissbrauch* vorausgesetzt ist. Die Inhaltskontrolle soll nach BRANDNER auch keine Bestrafung für missbräuchliches Verhalten darstellen¹¹⁸. Verlangt werde aber die angemessene Rücksichtnahme auf die berechtigten Belange der künftigen Vertragspartner¹¹⁹.

108 BRANDNER, in: ULMER BRANDNER HENSEN, AGB-Kommentar, N. 3 zu § 9 AGBG.

109 BGHZ 22, 90.

110 BGHZ 60, 380.

111 BGH (8. 10. 69) NJW 1970 S. 29.

112 BGH (30. 4. 69) DB 1969 S. 1337 f.

113 BGH (22. 5. 68) NJW 1968 S. 1718, 1720.

114 BAG (14. 12. 66) NJW 1967 S. 751 f.

115 BGH (3. 3. 71) BB 1971 S. 413.

116 BGH (13. 3. 56) BB 1956 S. 577 f.

117 Abs. 2 legt präzisierend fest: «Eine unangemessene Benachteiligung ist im Zweifel anzunehmen, wenn eine Bestimmung

1. mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist, oder

2. wesentliche Rechte oder Pflichten, die sich aus der Natur des Vertrages ergeben, so einschränkt, dass die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet ist.»

118 Aus diesem Grunde sei der Verwender auch dann der Inhaltskontrolle unterworfen, wenn er den Vertrag nicht selbst formuliert hat (BRANDNER, in: ULMER/BRANDNER/HENSEN, N. 14 zu § 9 AGBG).

119 Ebd., N. 53.

In der *schweizerischen* Lehre fehlt es nicht an Versuchen, auf gleichem Wege vorzugehen. AUER kam mit Berufung auf MERZ¹²⁰ zum Ergebnis, dass aufgrund von Art. 2 Abs. 1 ZGB für den Richter keine Möglichkeit bestehe, korrigierend in den Vertragsinhalt einzugreifen. Zwar lasse sich, gleich wie im deutschen Recht, aus Art. 2 Abs. 1 ZGB eine Pflicht zur Rücksichtnahme des AGB-Verwenders auf die Interessen seiner Vertragspartner ableiten. Doch könne dieser Grundsatz nur eine Richtlinie für die Auslegung und Ergänzung von Verträgen abgeben. Zur Korrektur eines klaren Vertragsinhaltes könne er nicht führen¹²¹. MERZ bestätigt diese Auffassung neuerdings: Es sei zu bedenken, «dass der Grundsatz von Treu und Glauben nicht als Ermächtigungsnorm für reine Billigkeitsentscheidungen des Angemessenen oder sozialetisch Wünschbaren missbraucht werden darf, soll der Privatautonomie ihre individuelle und institutionelle Bedeutung erhalten bleiben»¹²².

Diese strikte Begrenzung des Grundsatzes von Treu und Glauben scheint ihre Wurzeln im Schock des Bundesgerichtsentscheides 72 II 42 zu haben: dort bezeichnete es das Bundesgericht als Zweck von Art. 2 ZGB, «die formelle Gültigkeit positiver Rechtssätze zu beschränken oder aufzuheben, wo immer der Richter das im Interesse der materiellen Gerechtigkeit als geboten erachtet». Nach MERZ könnte dieser Satz «aus einer extremen Freirechtsschule stammen»¹²³; dies werde nur deshalb nicht empfunden, weil die Praxis ihm nie nachgelebt habe. In der Tat findet sich in der Schweiz auch nicht ein einziges Gerichtsurteil, in welchem eine Inhaltskontrolle auf den Grundsatz von Treu und Glauben abgestützt worden wäre.

Es besteht meines Erachtens aber kein Grund, vom einen Extrem, nämlich dem Freirechtsdenken, ins andere zu verfallen. Jedenfalls sind nun die Möglichkeiten einer Inhaltskontrolle aufgrund des Rechtsmissbrauchsverbots (nach Art. 2 Abs. 2 ZGB) gewissenhaft zu prüfen.

54.26. *Institutioneller Rechtsmissbrauch*

Nach AUER besteht keine Möglichkeit der Korrektur von Standardverträgen aufgrund von Art. 2 Abs. 2 ZGB¹²⁴. Es sei nicht möglich, den Tatbestand der unbilligen Standardvertragsklausel in eine der Kategorien einzuordnen, die als «Fallgruppen» von Lehre und Rechtsprechung zur Konkretisierung von Art.

120 MERZ, Berner Kommentar, N. 24 zu Art. 2 ZGB.

121 AUER, S. 45.

122 MERZ, Massenvertrag, S. 336.

123 MERZ, Berner Kommentar, N. 23 zu Art. 2 ZGB.

124 AUER, S. 47.

2 Abs. 2 ZGB entwickelt wurden¹²⁵. Zwar sei diese Liste von Fallgruppen nicht als abschliessend zu betrachten, aber nach AUER haben allfällige weitere Gruppen «stets unter den allgemeinen Gesichtspunkten von Interesselosigkeit und Zweckwidrigkeit zu stehen»¹²⁶. Diese beiden Elemente seien nun «in der Durchsetzung eines einseitigen Inhalts eines Standardvertrages nicht enthalten»¹²⁷.

MERZ will nicht ausschliessen, dass einzelne Standardverträge in eine dieser von Rechtsprechung und Lehre (vor allem von ihm selbst) entwickelten Fallgruppen einzuordnen seien¹²⁸. Eine eigentliche Billigkeitskontrolle unter Berufung auf den Rechtsmissbrauch lehnt er aber ausdrücklich ab¹²⁹.

Auch SCHULER sieht keine Möglichkeit der «unmittelbaren Anwendung» des Rechtsmissbrauchsverbotes. Nach heutiger Konzeption gelte als Orientierungspunkt dieser Norm immer noch die Ausübung subjektiver Rechte. Die Vertragsfreiheit, die ja vor Missbrauch durch AGB zu schützen sei, gewähre den Rechtsadressaten aber nicht subjektive Rechte, «sondern befähigt sie bloss, Beziehungen zu begründen, die mit Rechtswirksamkeit ausgestattet werden. Wo es aber an einem subjektiven Recht überhaupt fehlt, ist auch für eine Begrenzung seiner Ausübung kein Platz»¹³⁰.

SCHULER gibt sich damit aber nicht zufrieden. Er erinnert daran, dass man in der Rechtswirklichkeit nicht nur subjektiven Rechten, sondern auch der zweckwidrigen Verwendung von *Rechtsinstituten* den Schutz verweigert habe. Als Beispiele erwähnt er den Durchgriff im Aktienrecht, die Verwertung von Aktienmänteln und die sog. Bürgerrechtsehe¹³¹. Auch meines Erachtens liegt hier der geeignete Ansatzpunkt für eine wirksame Inhaltskontrolle von AGB und damit grundsätzlich auch von AAB.

Der gemeinsame Nenner der von SCHULER erwähnten Fälle besteht darin, dass *Rechtsinstitute zweckwidrig verwendet* werden. Das Merkmal der Zweckwidrigkeit findet sich nun allerdings auch bei MERZ¹³². Die Zweckwidrigkeit bezieht sich bei ihm aber nicht auf das Verhältnis zwischen Vertragsbestim-

125 AUER (S. 46) beruft sich auf MERZ, Berner Kommentar, N. 340 ff. (unnütze Rechtsausübung), N. 371 ff. (krasses Missverhältnis der Interessen), N. 393 ff. (schonende Rechtsausübung), N. 400 ff. (widersprüchliches Verhalten, mit den Untergruppen der Verwirkung und der unzulässigen Berufung auf Formungültigkeit) und N. 540 ff. (unredlicher Rechtserwerb).

126 AUER, S. 47.

127 Ebd.

128 MERZ, Massenvertrag, S. 336 f.: «Z.B. wenn durch AGB festgelegte Verjährungsfristen rechtsmissbräuchlich geltend gemacht werden oder wenn der vertragliche Ausschluss gesetzlicher Gewährleistungsansprüche unbeachtlich bleibt, weil der Unternehmer die an ihre Stelle getretenen Garantieverpflichtungen nicht erfüllt.»

129 Ebd.

130 SCHULER, S. 165.

131 Ebd., 165 f. mit Nachweisen.

132 MERZ, Berner Kommentar, N. 50 ff., 285 ff. zu Art. 2 ZGB.

mung und Rechtsordnung, sondern einzig und allein auf die aus der Vertragsbestimmung fließenden subjektiven Rechte und deren Ausübung. Konsequenterweise stellt sich für ihn das Problem der Zweckwidrigkeit vor allem im Hinblick auf die Auslegung¹³³; die von SCHULER erwähnten Beispiele für institutionellen Rechtsmissbrauch will MERZ gerade *nicht* als Rechtsmissbrauchstatbestände verstanden wissen. Er wehrt sich dagegen, dass etwa im Fall der Bürgerrechtsehe Art. 2 Abs. 2 ZGB nicht einzig «Schranke der Rechtsausübung ist, sondern rechtsgestaltend wirkt»¹³⁴.

Hier unterscheiden sich nun die Auffassungen von MERZ und SCHULER grundlegend: MERZ lehnt es ausdrücklich ab, mit der «blossen Rechtfertigung der ‚Zweckwidrigkeit‘» eine Parteiabrede zu korrigieren¹³⁵. Die Normberichtigung bedürfe einer «besonderen und zusätzlichen Rechtfertigung durch Leitsätze, welche Konkretisierungen qualifizierter Zweckwidrigkeit darstellen»¹³⁶.

Es soll hier dahingestellt bleiben, ob die Bürgerrechtsehe einen Rechtsmissbrauchstatbestand darstellt, zumal diese Frage seit geraumer Zeit gesetzlich geregelt ist¹³⁷. Beachtlich scheint mir, dass MERZ hohe Anforderungen an die richterliche Korrektur einer Parteiabrede stellt. Dieser Grundsatz verdient volle Beachtung, ist er doch für die Rechtssicherheit von ausschlaggebender Bedeutung. Vorauszusetzen ist meines Erachtens allerdings, dass tatsächlich eine Parteiabrede vorliegt. Dies ist aber gerade bei global einbezogenen AGB und AAB nicht der Fall. Mit der Verwendung von AGB und AAB wird genau das Prinzip ad absurdum geführt, das vor übermässigen richterlichen Eingriffen bewahrt werden soll, nämlich die der Parteiabrede zugrunde liegende Parteiautonomie.

Missbraucht wird somit nicht ein subjektives Recht, sondern weit mehr: missbraucht wird das *Prinzip*, aufgrund dessen subjektive Rechte entstehen können. Es erscheint nun wenig sinnvoll, das Prinzip nicht vor Rechtsmissbrauch zu schützen, wohl aber die subjektiven Rechte, die theoretisch daraus fließen könnten, praktisch aber in einseitig eigennütziger Weise allein oder überwiegend der einen Vertragspartei, nämlich dem Verwender von AGB oder AAB, zugute kommen. Man gewinnt den Eindruck, damit würden die Blätter eines dürren, weil an der Wurzel angesägten Baumes gepflegt.

Zwingend ergibt sich daraus, dass das Prinzip der Vertragsfreiheit vor Rechtsmissbrauch zu schützen ist. Art. 2 Abs. 2 ZGB setzt nun für

133 Ebd., N. 285.

134 Ebd., N. 294.

135 Ebd., N. 58.

136 Ebd., N. 39.

137 Bundesgesetz über Erwerb und Verlust des Schweizer Bürgerrechts vom 29. September 1952.

rechtsgestaltende Eingriffe einen «offenbaren Rechtsmissbrauch» voraus. Meines Erachtens ist ein solcher gegeben, wenn die Vertragsfreiheit dadurch missbraucht wird, dass ohne Konsens über den Vertragsinhalt (d.h. mit globaler Einbeziehung von AGB oder AAB in den Vertrag) dispositives Recht einseitig eigennützig abgeändert wird¹³⁸. Daneben sind aber weitere Fälle denkbar, in welchen die Rechtstellung des Kunden bzw. Arbeitnehmers durch global in den Vertrag einbezogene Klauseln beeinträchtigt wird. So etwa Klauseln, die den bewusst vereinbarten Vertragsinhalt beeinträchtigen durch Ausnahmeregelungen, Bedingungen oder Beschränkung der Möglichkeit, solche bewusst vereinbarten Ansprüche geltend zu machen¹³⁹. In all diesen Fällen ist grundsätzlich eine missbräuchliche Ausübung der Privatautonomie anzunehmen. Dieser Schluss ist nichts anderes als die Konsequenz aus der Tatsache, dass AGB und AAB weder die Richtigkeitsgewähr eines Vertrages noch den Gerechtigkeitsgehalt des Gesetzes aufweisen. Ein solch wertleerer Raum entsteht dadurch, dass der Verwender vorbereiteter Vertragsordnungen das Rechtsinstitut der Vertragsfreiheit missbraucht (institutioneller Rechtsmissbrauch)¹⁴⁰. Die Rechtsordnung darf nun nicht dulden, dass der Verwender diesen wertleeren Raum allein ausfüllen kann. Vielmehr bedarf es der richterlichen Kontrolle über diese einseitige Rechtsgestaltung.

138 Dies muss meines Erachtens jedenfalls dann gelten, wenn die verdrängte dispositive Norm einen hohen Gerechtigkeitswert aufweist (vorn 12.53.). Für diese Fälle fordert BUCHER eine «ausdrückliche Formulierung des abweichenden Willens» (BUCHER, Dispositives Recht, S. 267).

139 Zum Umfang der richterlichen Kontrolle sogleich 54.3.

140 Weit entwickelt ist die von SCHULER (S. 166 f.) für das schweizerische Recht – soweit ersichtlich – in diesem Zusammenhang erstmals aufgegriffene Lehre vom Verbot des institutionellen Rechtsfehlgebrauchs (s. dazu ESSER, Schuldrecht, Bd. I, 5. A., S. 46–49; RAISER, Rechtsschutz, S. 146 ff.; REBE, Privatrecht und Wirtschaftsordnung, S. 201–205). Grundlage dieser Lehre ist der Gedanke, das Privatrecht habe neben der «Sicherung individueller Handlungsräume durch Zuteilung subjektiver Rechte» auch und vor allem die «Sicherung der unser gesellschaftliches Leben durchziehenden Institutionen durch die Ausbildung entsprechender Rechtsinstitute kraft objektiven Rechts» (RAISER, Rechtsschutz, S. 148) zu verwirklichen. Neben den «Personenschutz» müsse der Schutz des Rechtsinstituts treten (ebd., S. 167).

Davon ausgehend gelangt RAISER schliesslich zur «Forderung an die Person, sich mit ihren Gaben und dem ihr anvertrauten Gut in den Dienst der Gemeinschaft zu stellen.» (RAISER, Der Stand der Lehre vom subjektiven Recht im deutschen Zivilrecht in: JZ 1961, S. 465–473; 473). Nicht nur das subjektive Recht, sondern auch die damit verbundenen sozialen Pflichten müssten in die juristische Betrachtung einbezogen werden (ebd.). Es dürfte nicht leicht sein, mit solchen Leitbildern in der schweizerischen Rechtsdogmatik durchzudringen. Vordringlich und unentbehrlich ist meines Erachtens aber das individualistische, auf den Schutz des subjektiven Rechts zurückwirkende Verständnis des institutionellen Rechtsmissbrauchs. Es geht um die Sicherung der Stammfunktion der Vertragsfreiheit, nämlich die Sicherung individueller Handlungsräume durch Zuteilung subjektiver Rechte. Es geht darum, die subjektiven Rechte der Kunden und Arbeitnehmer nicht nur formal zuzuteilen, sondern auch materiell zu sichern.

54.3. *Umfang und Massstab der richterlichen Kontrolle*

54.31. *Umfang*

Die richterliche Inhaltskontrolle muss alle global in den Vertrag einbezogenen AAB-Klauseln umfassen, bei welchen die Möglichkeit eines Missbrauchs der Vertragsfreiheit besteht. Ein solcher Missbrauch ist nun insbesondere in folgenden Fällen anzunehmen:

a) Bei einer *Verdrängung dispositiver Normen* zuungunsten des Arbeitnehmers. Hier ist die dem Arbeitnehmer vom Gesetzgeber bzw. von den Kollektivparteien (bei Verdrängung dispositiver GAV-Normen) zugedachte Rechtsposition auf eine mit Art. 2 Abs. 2 ZGB unvereinbare Art beeinträchtigt.
b) Bei einer *Schmälerung bewusst vertraglich eingeräumter Ansprüche*. Auch wenn kein inhaltlicher Widerspruch zwischen bewusst Vereinbartem und AAB besteht¹⁴¹, ist die (bewusst) einzelvertraglich dem Arbeitnehmer zugesicherte Rechtsposition vor Beeinträchtigungen durch AAB zu schützen. Denkbar sind ergänzende Bestimmungen aller Art, wie z.B. Befristung der Geltendmachung von Ansprüchen, Bedingungen, Auflagen u.a.m.

c) Bei einer *Ausweitung des Weisungsrechts*. Das Weisungsrecht findet seine absolute Schranke am Prinzip des Persönlichkeitsschutzes gemäss Art. 328 Abs. 1 OR¹⁴². Zudem besteht eine relative Schranke darin, dass Weisungen dem Arbeitnehmer gemäss Art. 321d OR nach Treu und Glauben zumutbar sein müssen. Relativ ist diese Schranke deshalb, weil Vereinbarungen denkbar sind, die das Weisungsrecht über das in der Regel Zumutbare¹⁴³ hinaus erweitern¹⁴⁴. Für solche Vereinbarungen ist aber grundsätzlich eine bewusste Erklärung beider Vertragsparteien zu verlangen; bei bloss globaler Einbeziehung wäre wiederum ein Missbrauch der Vertragsfreiheit anzunehmen.

Diese drei Fälle dürften die wichtigsten, aber nicht die einzigen sein. Generell muss gelten, dass bei jeder Beeinträchtigung irgend einer dem Arbeitnehmer mangels abweichender Vereinbarung zustehenden Rechtsposition durch global einbezogene AAB ein Missbrauch der Vertragsfreiheit vorliegt.

141 In diesem Fall gilt der Vorrang der Einzelabrede, s. vorn II. Teil 4.6.

142 BRÜHWILER, N. 3 zu Art. 321 d OR.

143 Weisungen sollen sinnvoll, jedenfalls nicht schikanös sein; «sie müssen mit der Arbeits- und Treupflicht des Arbeitnehmers in unmittelbarem Zusammenhang stehen und sich im Rahmen des üblichen halten.» (BRÜHWILER, N. 3 zu Art. 321d OR). S. auch STAMM, S. 55.

144 Solche Erweiterungen werden durch Art. 27 ZGB (Schutz der Persönlichkeitsrechte vor ihrem Träger) beschränkt (STAMM, S. 69).

54.32. *Massstab der richterlichen Kontrolle*

Aus dem Umfang der auf Art. 2 Abs. 2 ZGB gestützten richterlichen Kontrolle ergibt sich, dass der Inhalt von AAB jedenfalls nicht auf seine Angemessenheit oder Billigkeit überprüft werden kann. Dazu reicht die rechtliche Grundlage nicht aus.

Als Massstab für die richterliche Kontrolle muss meines Erachtens vielmehr der Inhalt der zu schützenden Rechtsposition gelten. Dies bedeutet, dass global in den Vertrag einbezogene AAB eine dem dispositiven Recht, der bewussten Vereinbarung oder der zumutbaren Weisung *gleichwertige* (wenn auch nicht gleich lautende) Regelung vorsehen müssen. Der Richter hat diese Gleichwertigkeit zu überprüfen.

5.5. *Ergebnis*

Eine AAB-Kontrolle durch die Rechtsprechung ist nach geltendem Recht in vielfältiger Weise möglich. An die *gültige Einbeziehung* von AAB-Klauseln in den Vertrag sind gegenüber Einzelvereinbarungen erhöhte Anforderungen zu stellen. So muss der Arbeitgeber aufgrund des Vertrauensprinzips alle AAB-Klauseln, die vertragliche Verpflichtungen für den Arbeitnehmer enthalten, als solche erkennbar machen. Im weiteren können nach der Ungewöhnlichkeitsregel geschäftsfremde Klauseln nur durch bewusste Zustimmung in den Vertrag einbezogen werden. Wiederum nach dem Vertrauensprinzip muss dasselbe schliesslich für freiheitsbeschränkende Klauseln gelten.

Für die *Auslegung* von AAB muss die Unklarheitenregel gelten. Demnach hat allein der Arbeitgeber missverständliche Formulierungen zu verantworten. Sie werden zu seinen Ungunsten ausgelegt.

Eine wirksame, der AAB-Problematik gerecht werdende richterliche Kontrolle lässt sich mit diesen Grundsätzen aber noch nicht erreichen, sollen sie nicht missbraucht und zu einer eigentlichen Inhaltskontrolle zweckentfremdet werden.

Eine solche *Inhaltskontrolle* ist nach geltendem Recht in beschränktem Umfang auf die Bestimmung über die Übervorteilung (Art. 21 OR), vor allem aber auf das Rechtsmissbrauchsverbot gemäss Art. 2 Abs. 2 ZGB abzustützen. Missbraucht wird das Institut der Vertragsfreiheit nämlich dann, wenn versucht wird, mit bloss global in den Vertrag einbezogenen AAB die Rechtsposition des Arbeitnehmers zu verschlechtern. Nach geltendem Recht ist indessen eine Billigkeitskontrolle durch den Richter nicht zulässig.

Zusammenfassung

Schutz vor einseitig eigennützigem AAB bedeutet weithin Schutz der Privatautonomie. Keinesfalls genügt es, sich auf den kollektiven Interessenausgleich zu verlassen. Das geltende Recht ermöglicht vielfältige Formen der AAB-Kontrolle bei der Rechtsanwendung durch den Richter. De lege ferenda ist der Ausbau des zwingenden Rechts, insbesondere von Schriftformerfordernissen, ins Auge zu fassen sowie die Einführung einer präventiven Verwaltungskontrolle.

IV. Teil: Rechtliche Beurteilung einzelner AAB-Bestimmungen

Im folgenden sind einzelne AAB-Klauseln nach den im III. Teil formulierten Grundsätzen rechtlich zu würdigen. Die Auswahl dieser Klauseln erfolgte nach folgenden Kriterien:

- a) Bedeutung der Rechte und Pflichten, die durch die Klausel präzisiert werden sollen.
- b) Häufigkeit der Verwendung in den AAB meiner Erhebung.
- c) «Anstössigkeit» der Klausel, d.h. Gefährdung der Rechtsposition einer Partei (in concreto des Arbeitnehmers).

Die Gruppierung erfolgt nach den im 2. Teil beschriebenen Funktionen der AAB (insbesondere Leistungsaustausch und Eingliederung des Arbeitnehmers in die arbeitsteilige Organisation), ergänzt durch Kategorien von Fragen der Abwicklung des Vertragsverhältnisses (Begründung, Abänderung und Beendigung sowie Geltendmachen von Ansprüchen).

1. **Begründung und Abänderung des Arbeitsverhältnisses**

1.1. *Begründung des Arbeitsverhältnisses*

11.1. *Schriftformerfordernis für abweichende Einzelvereinbarungen*

In den AAB einer Grossunternehmung der Maschinenindustrie findet sich folgende Bestimmung:

«Änderungen oder Sonderabmachungen bedürfen immer der schriftlichen Form für ihre Rechtsgültigkeit»¹.

Vorerst ist das Schriftformerfordernis für «Sonderabmachungen» zu betrachten². Mit einer solchen Klausel könnte der Grundsatz der Priorität der Einzelvereinbarung eingeschränkt werden, denn auch *mündlich* Vereinbartes muss global einbezogenen AAB grundsätzlich vorgehen³.

Allerdings ist fraglich, ob der Arbeitgeber sich auf diese Klausel berufen kann, wenn die mündliche Sondervereinbarung *vor* dem Vertragschluss getroffen worden ist. Denn durch sein tatsächliches Verhalten, nämlich durch die Zustimmung zur Einzelvereinbarung, hat er der in seiner Offerte

1 Diese Klausel steht auf Seite 19 des «Angestelltenreglements» und ist im Schriftbild in keiner Weise hervorgehoben.

2 Zur Änderung von AAB sogleich 1.2.

3 Vorn II. Teil 4.6.

enthaltenen Schriftformklausel widersprochen. Es ist somit nach dem Vertrauensprinzip anzunehmen, dass der Arbeitgeber seine Offerte geändert hat; er hat die Schriftformklausel durch sein Verhalten konkludent widerrufen. Sie wird demzufolge nicht Vertragsinhalt⁴.

Daran kann die Tatsache nichts ändern, dass mündliche Vereinbarungen schwer zu beweisen sind. Nicht von Bedeutung ist auch, ob die Klausel aus dem Text besonders hervorsticht oder ob sie nur nach sorgfältigem Studium der AAB z.B. auf Seite 19 zu entdecken ist.

Zweifellos soll die als Beispiel erwähnte Klausel aber nicht nur den Vertragsschluss regeln, sondern auch (und wohl vor allem) «Sonderabmachungen» während der Dauer des Arbeitsverhältnisses. Diese Fälle sind im Zusammenhang mit der Vertragsänderung zu betrachten⁵.

11.2. *Auslegung bei Widersprüchen innerhalb der AAB*

Eine Grossunternehmung des Eisenhandels verwendet ganz besonders konfuse AAB. Unter Ziff. 1.2. «Beginn des Arbeitsverhältnisses – Probezeit» (Seite 7) steht die Bestimmung:

«Die ersten beiden Monate der Anstellung gelten als Probezeit.»

Weiter hinten (Seite 29) heisst es im Anhang 1 («Erläuterungen zur Kündigung»):

«Beim Mitarbeiter im Monatslohn gelten der erste Monat und bei den andern Mitarbeitern die ersten zwei Wochen als Probezeit, sofern durch Abrede, Normalarbeitsvertrag oder Gesamtarbeitsvertrag nichts anderes bestimmt ist.»

Der Gesamtarbeitsvertrag (ein Firmenvertrag mit dem Schweizerischen Verband evangelischer Arbeitnehmer) schliesslich enthält die Bestimmung (Art. 3 Ziff. 2):

«Der erste Monat der Anstellung gilt als Probezeit. In speziellen Fällen kann die Probezeit im Einverständnis mit der Betriebskommission bis zu drei Monaten verlängert werden.»

Für Arbeitnehmer, die dem Gesamtarbeitsvertrag *nicht* angeschlossen sind, ist einzig der Widerspruch innerhalb der AAB aufzulösen. Nach der *Unklarheitenregel*⁶ müsste «zu Gunsten» des Arbeitnehmers ausgelegt werden. Was bedeutet das?

Mit einer Probezeit wird bezweckt, dass das Arbeitsverhältnis in seiner Anfangsphase unter erleichterten Bedingungen aufgelöst werden kann⁷. Dabei

4 Gl. M. SCHULER, S. 122: «Wenn der Verwender eine vom Kunden vorgeschlagene, von den AGB abweichende Individualabrede eingeht oder selber eine entsprechende Offerte unterbreitet, darf der Kunde annehmen, die Schriftformklausel sei konkludent widerrufen.»

5 Sogleich 1.2.

6 Vorn III. Teil, 53.1.

7 SCHWEINGRUBER, Kommentar Arbeitsvertrag, N. 1 zu Art. 334 OR; VISCHER, S. 409; REHBINDER, Arbeitsrecht, S. 97.

ist wohl kaum eine generelle Vermutung darüber zulässig, dass für den Arbeitnehmer eine besonders kurze Probezeit am günstigsten ist. Denn auch er will möglicherweise die Gelegenheit nutzen, den Arbeitsplatz näher kennenzulernen, bevor er sich endgültig engagiert. Die Präferenz wird individuell verschieden sein. Für den Arbeitnehmer am günstigsten ist somit nicht die eine oder die andere Klausel, sondern die wahlweise Geltung beider Klauseln.

Zweifellos ist eine entsprechende Auslegung der als Beispiel erwähnten Klauseln denkbar. Nach dem Vertrauensprinzip darf der Arbeitnehmer nämlich annehmen, der Arbeitgeber sei mit der einen wie mit der anderen Klausel einverstanden, denn er hat ja beide in den Vertragstext aufgenommen. Da aber der Arbeitgeber keine endgültige Wahl getroffen hat, hat er dies stillschweigend dem Arbeitnehmer überlassen. Er hat ihm somit ein Gestaltungsrecht eingeräumt ähnlich dem Wahlrecht des Schuldners bei der Alternativobligation⁸. Das stillschweigende Einräumen des Wahlrechts mag dabei durchaus unbewusst geschehen sein; darauf kommt es nach dem Vertrauensprinzip aber nicht an⁹.

Unerheblich ist auch, dass diese Möglichkeit der Auslegung nicht die evidenteste ist. Sie ist nach Treu und Glauben jedenfalls eine denkbare. Nach der Unklarheitenregel hat der Verwender für seine Unfähigkeit, einen widerspruchsfreien Vertragstext vorzulegen, einzustehen. Aus dem gleichen Grund kann sich der Verwender meines Erachtens auch nicht darauf berufen, es bestehe über die unklare Regelung kein Konsens¹⁰, es müsse somit die dispositive Gesetzesnorm gelten (im gegebenen Fall die Probezeit von einem Monat Dauer gemäss Art. 334 Abs. 1 OR).

Für Arbeitsverhältnisse, die dem GAV unterstehen, ist nun das Verhältnis zwischen den (in sich widersprüchlichen) AAB und dem GAV zu betrachten. Grundsätzlich müsste das Günstigkeitsprinzip gelten¹¹. Die vorliegenden AAB (Eisenhandlung) enthalten nun aber einen Vorbehalt zugunsten des GAV, womit wenigstens in diesem Punkt Klarheit geschaffen wurde: die Regelung des GAV geht vor.

Als Resultat bleibt festzuhalten, dass Widersprüche innerhalb von AAB zulasten des Verwenders (Arbeitgebers) auszulegen sind. Dabei ist nicht auszuschliessen, dass nach dem Vertrauensprinzip aus der widersprüchlichen Formulierung ein Wahlrecht des Arbeitnehmers folgt.

8 Die Besonderheit dieses Wahlrechts läge darin, dass es nicht den Inhalt der Vertragsleistung, sondern die Modalitäten der Vertragsabwicklung betreffen würde. Wie beim inhaltlichen Wahlrecht müsste die Wahl aber *empfangsbedürftig* und *unwiderruflich* (VON TUHR/PETER, S. 79) sein. In der Regel dürfte mit der Kündigung auch die Wahl erfolgen bzw. als ausgeübt gelten.

9 MERZ, Berner Kommentar, N. 126 zu Art. 2 ZGB.

10 S. vorn III. Teil, 5.3.; sowie LÖRTSCHER, S. 110.

11 Vorn II. Teil 4.3., vor allem 43.31.

1.2. *Abänderung des Arbeitsverhältnisses*

12.1. *Schriftformklausel für Änderung durch Einzelvereinbarung*

Eine Schriftformklausel¹² gilt dann als konkludent widerrufen, wenn vor der rechtsgültigen Einbeziehung der AAB eine mündliche Sondervereinbarung getroffen wurde (vorn 11.1.). Fehlt hingegen eine solche mündliche Sondervereinbarung, dann wird die Schriftformklausel gleich wie der übrige AAB-Inhalt grundsätzlich in den Vertrag einbezogen. Fraglich ist aber, ob die Klausel vom Inhalt her den Anforderungen genügt, die an AAB zu stellen sind.

Zweifellos beschneidet diese Schriftformklausel in keiner Weise die Rechte der Arbeitnehmer; im Gegenteil: sie verhindert, dass durch stillschweigende Änderungsverträge die Arbeitsbedingungen zu Ungunsten der Arbeitnehmer verändert werden können. An der rechtlichen Wirksamkeit dieser Klausel ist somit nicht zu zweifeln.

Allerdings fragt es sich, ob der Arbeitgeber damit eine sinnvolle Regelung in die AAB aufnimmt. Er verbaut sich nämlich die Möglichkeit, etwa durch Aushang oder Zirkular die AAB veränderten Umständen anzupassen. Denn dem Schriftformerfordernis ist gemäss Art. 16 Abs. 2 und Art. 13 OR nur Genüge getan, wenn die Vertragsurkunde die Unterschriften aller Personen trägt, die durch den Vertrag verpflichtet werden sollen. Dieses doch recht umständliche Prozedere müsste bei jeder noch so geringfügigen Änderung der AAB abgewickelt werden, was mit der Rationalisierungsfunktion der AAB kaum zu vereinbaren sein dürfte.

Vermutlich stammen solche Klauseln aus Kauf-, Versicherungs- oder anderen AGB und wurden unbeschrieben in AAB eingefügt. Dabei dürfte unbeachtet geblieben sein, dass das Arbeitsverhältnis ständigem Wandel ausgesetzt ist und der regelmässigen Anpassung bedarf.

12.2. *Genereller einseitiger Änderungsvorbehalt des Verwenders*

Die nötige Anpassungsfähigkeit an veränderte Umstände dürfte mit der folgenden AAB-Klausel zweifellos gewährleistet sein:

«Diese Arbeitsordnung tritt sofort in Kraft. Die Geschäftsleitung behält sich das Recht vor, sie im Rahmen der gesetzlichen Bestimmungen jederzeit ganz oder teilweise zu ändern oder zu ergänzen.»

Es muss aber die Frage erlaubt sein, ob damit nicht eine unzulässige Beschränkung des Arbeitnehmers in seiner persönlichen Handlungsfreiheit

12 Als Beispiel kann auch hier die schon unter 11.1. erwähnte Klausel aus der Maschinenindustrie dienen: «Änderungen oder Sonderabmachungen bedürfen immer der schriftlichen Form für ihre Rechtsgültigkeit.»

gemäss Art. 27 ZGB gegeben ist. Unzulässig sind nämlich Vereinbarungen, «durch die sich jemand dem Belieben eines andern ausliefert»¹³. Aufgrund der erwähnten Klausel könnte der Arbeitgeber in der Tat etwa die Kündigungsfrist auf das gesetzliche Minimum herabsetzen und den Arbeitnehmer (im unterjährigen Arbeitsverhältnis) damit vom einen Tag auf den andern durch ordentliche Kündigung loswerden.

Daraus folgt, dass eine solche Klausel selbst bei Einbeziehung in den Vertrag durch Vollerklärung¹⁴ nur innerhalb enger Grenzen wirksam werden könnte. So müsste ein solches vertraglich eingeräumtes Ermessen «den Verhältnissen gemäss» ausgeübt werden¹⁵. Bei Arbeitsverhältnissen mit aussergewöhnlich langer Kündigungsfrist oder bei befristetem Arbeitsverhältnis mit aussergewöhnlich langer (Rest-)Dauer müsste die Wirksamkeit dieser Klausel aufgrund von Art. 20 OR und Art. 27 ZGB überhaupt verneint werden.

Umsomehr ist ihre Wirksamkeit bei globaler Einbeziehung in den Vertrag, nämlich als eine in Reglementsform gefasste AAB-Klausel, in Frage zu stellen. Sie hat eindeutig freiheitsbeschränkenden Charakter. Für solche Klauseln ist aber eine bewusste Zustimmung des Verpflichteten zu fordern. Nach SCHÖNENBERGER/JÄGGI trifft dies u.a. auf folgende AGB-Inhalte zu: Umkehrung der Beweislast, Erteilung einer Saldoquittung, Verzicht auf die Verrechnung¹⁶. Auch das Bundesgericht zieht das Erfordernis der bewussten Zustimmung zu solchen Klauseln in Betracht¹⁷. Für den generellen Änderungsvorbehalt muss dies deshalb gelten, weil dem Verwender dadurch eine ausserordentlich weit gehende Befugnis zu einseitiger Gestaltung des Rechtsverhältnisses eingeräumt würde. Es wäre ihm unbenommen, bisher geltendes dispositives Gesetzesrecht zu Ungunsten des Arbeitnehmers zu verdrängen und das Vertragsverhältnis damit seines Gerechtigkeitsgehalts zu entleeren.

Wäre die Änderungsklausel für den Arbeitgeber, etwa aus organisatorischen Gründen, unentbehrlich, dann müsste er sie durch Vollerklärung beider Partner in den Vertrag einzubeziehen suchen. Aber auch dann wären der Ausübung des eingeräumten Änderungsrechts, wie erwähnt, enge Grenzen zu ziehen.

Neben der als Beispiel erwähnten Änderungsklausel fanden sich in den ausgewerteten AAB 6 weitere, teilweise allerdings weniger krass formulierte Änderungsvorbehalte. In einem Fall wird an sich Selbstverständliches festgehalten:

13 TUOR/SCHNYDER, S. 80.

14 Vorn II. Teil, 12.22.

15 Urteil des Obergerichts Zürich vom 24. 6. 1960, ZR 60 (1961), Nr. 130, S. 330 ff. (333).

16 SCHÖNENBERGER/JÄGGI, N. 504 zu Art. 1 OR.

17 BGE 98 Ia 314 (321). Allerdings kamen bisher ausschliesslich Fälle mit Gerichtsstandsklauseln zur Entscheidung.

«Erfahren gesetzliche oder gesamtarbeitsvertragliche Bestimmungen Änderungen oder Ergänzungen, die dieses Anstellungsreglement berühren, so ist es den neuen Gegebenheiten anzupassen.»

Diese Bestimmung ist rechtlich unerheblich und hat einzig deklaratorischen Charakter¹⁸.

Als unwirksam muss hingegen wiederum folgende Klausel betrachtet werden, wenn sie nur global in den Vertrag einbezogen wird:

«Die Firma behält sich vor, nach Anhören der Betriebskommission Änderungen der Allgemeinen arbeitsvertraglichen Bestimmungen jederzeit vorzunehmen und für alle Betriebsangestellten verbindlich zu erklären.»

Mitsprache ist in diesem Zusammenhang zwar besser als überhaupt keine Mitwirkung, kann meines Erachtens aber einen Interessenausgleich im Sinne vertraglicher Richtigkeit nicht gewährleisten. Entschliesst sich ein Arbeitgeber nicht zur Gewährung eines Mitbestimmungsrechts für AAB-Änderungen, dann hat er den nach geltendem Recht zulässigen Weg der einheitlichen Änderungskündigung¹⁹ zu wählen. Damit ist für die jeweils geltenden AAB ein gewisser Bestandsschutz gewährleistet, indem die Änderung erst nach Ablauf der Kündigungsfrist wirksam wird. In diesem Sinne wäre die folgende Klausel auszulegen:

«Der Arbeitgeber behält sich vor, das Anstellungsreglement jederzeit unter rechtzeitiger Mitteilung an die Angestellten zu ergänzen oder abzuändern.»

Rechtzeitig würde somit bedeuten, dass die Kündigungsfristen und -termine einzuhalten wären. Probleme ergäben sich dabei wohl bei befristeten, vor Ablauf der Frist unkündbaren Arbeitsverhältnissen mit längerer Dauer, da in diesen Fällen ein besonders starker Bestandsschutz des Arbeitsverhältnisses besteht. Diese Schwierigkeiten muss der Arbeitgeber aber in Rechnung stellen, wenn er solche Arbeitsverhältnisse unter Verwendung von AAB eingeht. Die wohl sinnvollste Lösung wäre dann die Einbeziehung der Änderungsklausel durch bewusste Erklärung (Vollerklärung) beider Vertragspartner. Geschieht dies nicht, dann bliebe dem Arbeitgeber wohl einzig die Berufung auf die *clausula rebus sic stantibus* übrig, um die AAB vor Ablauf der Vertragsfrist einseitig zu ändern bzw. das Arbeitsverhältnis für die Zukunft aufzuheben²⁰. An die Voraussetzung der «wesentlichen Veränderung der Umstände»²¹ wären meines Erachtens aber höchste Anforderungen zu stellen²².

18 Immerhin lässt sich daraus ein Stück guten Willens des Arbeitgebers entnehmen.

19 Zur Zulässigkeit der Massenänderungskündigung s. vorn II. Teil 47.2.

20 Zu dieser Anwendung der *clausula* s. VON TUHR/ESCHER, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts Bd. II, Zürich 1974, S. 171.

21 Ebd., S. 170.

22 Es müsste de facto wohl ein wichtiger Grund bzw. die Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses gemäss Art. 337 OR verlangt werden.

2. **Umfang des Leistungsaustausches**

2.1. *Ansprüche des Arbeitnehmers*

Der Umfang des Arbeitsentgelts im weitesten Sinne, Sozialleistungen und Vergütungen aller Art eingeschlossen, bewegt sich, soweit er durch AAB geregelt wird, in aller Regel im übertariflichen Bereich. Massgebend ist das Günstigkeitsprinzip. Ist kein Gesamtarbeitsvertrag anwendbar, dann gelten für viele Fragen gesetzliche Minimalansprüche des Arbeitnehmers (z.B. Lohnfortzahlung gemäss Art. 324a OR, Abgangsentschädigung gemäss Art. 339b–d OR usw.). Verstösse gegen diese einseitig zwingenden Regelungen durch AAB sind grundsätzlich gleich zu bewerten wie Verstösse durch individuell ausgehandelten Vertrag; solche Vereinbarungen sind nichtig.

Neben direkten Verstössen gegen Gesetz und Gesamtarbeitsvertrag sind aber auch weniger augenfällige Beeinträchtigungen der Arbeitnehmeransprüche denkbar. AAB können Abzüge oder Einschränkungen nicht nur von Mindestansprüchen, sondern auch von einzelvertraglich gewährten, nicht tariflich oder gesetzlich gesicherten Ansprüchen vorsehen. Solche Klauseln können nach dem Grundsatz der Vertragsfreiheit durch bewusste Zustimmung des Arbeitnehmers gültig in den Vertrag einbezogen werden. Bei bloss globaler Einbeziehung besteht dagegen die Gefahr des Missbrauchs der Vertragsfreiheit, indem die Statuierung solcher Abzüge ausserhalb des Vertragsmechanismus stehen würde und deshalb eine Richtigkeitsgewähr grundsätzlich nicht anzunehmen wäre. Zwangsläufig ist eine Gleichstellung von bewusster Abrede und bloss global einbezogenen AAB in diesen Fällen nicht möglich.

21.1. *Lohnhöhe*

Die Lohnhöhe ist zweifellos derjenige Vertragsgegenstand, der am häufigsten individuell und bewusst vereinbart wird, ist sie doch essentielle des Arbeitsvertrags und in aller Regel Ausdruck des Leistungsprinzips. Zwangsläufig wird die Lohnhöhe deshalb nicht in angehängten, in sich geschlossenen und unabänderbaren Reglementen festgelegt. Vielmehr liegt hier, soweit überhaupt AAB verwendet werden, die Domäne der offenen oder teiloffenen Formulare, in die einzig der Betrag z.B. des Bruttomonatslohnes einzusetzen ist¹.

Für diese Lohnfestsetzung ist der Grundsatz der Vertragsfreiheit massgebend. Die Schranke gegen unten bilden zwingende Mindestlohnbestim-

¹ Bei Verwendung von Reglementen wird häufig statt dem separaten, als Vertragsurkunde unterzeichneten Formular ein Anstellungsschreiben in Briefform erstellt, dessen Hauptgegenstand wiederum in aller Regel die Lohnhöhe darstellt.

mungen der Gesamtarbeitsverträge. Für eine richterliche Kontrolle dieser Arbeitsbedingungen gibt es keine Berechtigung, gewähren doch der individuelle und kollektive Vertragsmechanismus die nötige Vertragsrichtigkeit². Ebenso wenig kann hier der Gleichbehandlungsgrundsatz zur Anwendung kommen, beim Vertragsschluss geht die Vertragsfreiheit vor³.

Allerdings ist nun denkbar, dass AAB-Klauseln diesen individuell und bewusst vereinbarten Lohnanspruch beeinträchtigen. Aus der deutschen Rechtsprechung sind Beispiele bekannt, in welchen das Betriebsrisiko zu Lasten der Arbeitnehmer umverteilt wurde⁴. So sahen Verträge etwa vor, dass bei Maschinenrevision und -reparatur unbezahlte Arbeitspausen eintreten sollten. Zwar würde damit nicht nur der Umfang der Lohnzahlungspflicht reduziert, sondern gleichzeitig auch derjenige der Arbeitspflicht. Bedenklich wäre meines Erachtens aber die Ungewissheit über den zukünftigen Umfang dieser Pflichten. Deren bedingte Einschränkung erfordert meines Erachtens deshalb eine bewusste Erklärung beider Vertragspartner, somit die Einbeziehung in den Vertrag durch Vollerklärung; die Aufnahme in ein angehängtes Reglement würde für ihre Wirksamkeit nicht genügen.

In meiner rechtstatsächlichen Erhebung fand sich nicht eine einzige Klausel dieser Art, womit sich nähere Ausführungen erübrigen. Hingegen werden viele Sondervergütungen und Sozialleistungen durch Reglement geregelt. Welche Beeinträchtigungen hier vorkommen, ist nun aufzuzeigen.

21.2. Gratifikation

«Die Mitarbeiter erhalten eine Jahresendzulage in der Höhe eines Monatslohnes. Im Eintrittsjahr und auch bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses wird die Zulage pro rata des Arbeitsverhältnisses bezahlt. Bei Kündigung durch den Arbeitnehmer wird der pro rata-Anspruch auf die Hälfte gekürzt. Wird das Arbeitsverhältnis gemäss OR 337 ff. aus wichtigen Gründen gelöst, so besteht kein Anspruch auf die Zulage»⁵.

Fraglich ist hier die Zulässigkeit der Kürzungen. Gemäss Art. 322d OR besteht ein Anspruch auf die Sondervergütung (an sich) nur dann, «wenn es

2 Nicht zu prüfen ist dabei, ob dieser Lohn auch «gerecht» ist, denn dafür gibt es keinen praktikablen Masstab. Unerheblich ist auch, ob der Lohn tatsächlich «ausgehandelt» wurde oder ob der Arbeitgeber entsprechend seinem festgefügt Lohnsystem ein Angebot macht, das der Arbeitnehmer annehmen oder ablehnen kann (entsprechend festen Preisen im Handel). Entscheidend ist einzig, dass die Lohnhöhe bewusst vereinbart wird.

3 Gl. M. D. MEYER, S. 262 ff., S. 277.

4 BAG, 6. 11. 1968, AP Nr. 16 zu § 615 BGB, Betriebsrisiko.

5 Diese Bestimmung ist den 9 Seiten umfassenden «Arbeitsvertraglichen Bestimmungen für Betriebsangestellte» einer grossen Maschinenfabrik entnommen.

verabredet ist». Ebenso besteht ein pro rata-Anspruch bei vorzeitiger Beendigung des Arbeitsverhältnisses nur, wenn es verabredet ist. Die erwähnte AAB-Klausel beschneidet somit keine Ansprüche des Arbeitnehmers aus dispositivem Gesetzesrecht. Denn in der gleichen AAB-Klausel wird ja der Anspruch selbst überhaupt erst begründet. Vielmehr beschneidet die AAB-Bestimmung nur den Anspruch, den sie selbst dem Arbeitnehmer gewährt. Dies muss aber zulässig sein⁶.

Anders müsste die Beurteilung ausfallen, wenn der Anspruch auf Gratifikation auf anderer Geltungsgrundlage beruhen würde als auf den AAB, die ihn beschränken. Wäre etwa die Gratifikation im Anstellungsschreiben, in einem unterzeichneten Formular oder auch mündlich versprochen worden, dann würde die Kürzung des Anspruchs durch AAB eine bewusst vertraglich festgelegte Rechtsposition des Arbeitnehmers beeinträchtigen. Die Berufung auf diese AAB-Klausel wäre dann meines Erachtens rechtsmissbräuchlich; denn für ihren Inhalt bestünde keine vertragliche Richtigkeitsgewähr, sofern sie nur global in den Vertrag einbezogen worden ist⁷.

21.3. *Lohnfortzahlung bei Verhinderung des Arbeitnehmers an der Arbeitsleistung*

Fast 80% der in meiner Erhebung ausgewerteten in Reglementsform gefassten AAB, nämlich 51 von 65, enthalten eine Regelung für die Lohnzahlung bei unverschuldeter Verhinderung des Arbeitnehmers⁸. Sie erfüllen damit eine wichtige Funktion, indem sie eine vom Gesetzgeber bewusst geschaffene und von den Gesamtarbeitsverträgen nur teilweise ausgefüllte Lücke schliessen⁹.

Als Massstab für die «angemessene längere Zeit» der Lohnzahlung

6 Im vorliegenden Fall ist die Möglichkeit der Kürzung zudem durch Gesamtarbeitsvertrag gegeben (Art. 32 des GAV der Maschinenindustrie 1937/74): «Bei Kündigung durch den Arbeitnehmer können die Firmen den Pro rata-Anspruch auf die Hälfte kürzen.» (In der neuesten Fassung des GAV, Vertragsperiode 1978–1983, ist diese Bestimmung allerdings nicht mehr enthalten).

7 Anderes wiederum muss gelten, wenn die Regelung einer Gesamtvereinbarung entnommen ist; hier wäre, trotz Bedenken (s. vorn III. Teil, 3) kollektivvertragliche Richtigkeit anzunehmen.

8 Dazu kommen 9 (von 20) Regelungen in Formularen.

9 Offengelassen ist die Dauer des Lohnanspruchs; gemäss Art. 324 a Abs. 2 OR hat der Arbeitgeber, günstigere Vereinbarungen vorbehalten, «im ersten Dienstjahr den Lohn für drei Wochen und nachher für eine angemessene längere Zeit zu entrichten, je nach der Dauer des Arbeitsverhältnisses und den besonderen Umständen.» Nach STREIFF (Kommentar OR, N. 6 zu Art. 324 a) hat das Gesetz «für den Vorteil der Möglichkeit der Anpassung an die individuellen Umstände den Nachteil in Kauf genommen, dass sich die Frist nicht einfach berechnen lässt.» S. auch Botschaft Arbeitsvertrag, S. 94 (Ablehnung einer «Schematisierung, die den Interessen des Arbeitnehmers abträglich sein würde.»).

vom zweiten Dienstjahr an müssen die von der Rechtsprechung «im Interesse der Rechtssicherheit»¹⁰ aufgestellten Richtsätze¹¹ dienen.

Von diesen Richtsätzen weichen die allermeisten AAB in zum Teil erheblichem Umfang zugunsten des Arbeitnehmers ab¹².

Erhebliche Verbesserungen ergeben sich zudem daraus, dass viele AAB für Militärdienst einerseits und Krankheit, Unfall sowie Schwangerschaft andererseits getrennte, somit kumulative Mindestleistungen gewähren¹³, währenddem die gesetzliche Regelung diesen Anspruch nur einmal für alle Verhinderungsgründe zusammen, vorsieht¹⁴.

Sollte über diese Frage der Zusammenrechnung verschiedener Verhinderungsgründe den AAB keine eindeutige Bestimmung zu entnehmen sein, dann müsste nach der *Unklarheitenregel*¹⁵ folgendes gelten: Die Gewährung von

10 REHBINDER, Arbeitsrecht, S. 65.
11 Die Rechtsprechung stützt sich weitgehend, aber nicht einheitlich, auf die von Spitzenverbänden der Wirtschaft aufgestellte «Berner Skala», wonach folgende Ansprüche auf Lohnfortzahlung bestehen (s. BRÜHWILER N. 20 zu Art. 324 a OR; STREIFF, N. 6 zu Art. 324 a OR; REHBINDER, Arbeitsrecht, S. 65 f.):

<i>Dauer des Arbeitsverhältnisses:</i>	<i>Lohnfortzahlung:</i>
ab 3 Monaten	3 Wochen
ab 1 Jahr	1 Monat
ab 3 Jahren	2 Monate
ab 5 Jahren	3 Monate
ab 10 Jahren	4 Monate
ab 15 Jahren	5 Monate
ab 20 Jahren	6 Monate

Neben dieser Berner Skala hat das Basler Arbeitsgericht («Gewerbliches Schiedsgericht» Basel-Stadt) eine eigene Skala aufgestellt:

<i>Dauer des Arbeitsverhältnisses</i>	<i>Lohnfortzahlung:</i>
ab 3 Monaten	3 Wochen
ab 1 Jahr	2 Monate
ab 4 Jahren	3 Monate
ab 11 Jahren	4 Monate
ab 16 Jahren	5 Monate
ab 20 Jahren	6 Monate

12 Diese Verbesserungen dürften ihre Grundlage regelmässig in Gesamtarbeitsverträgen haben. So gewähren etwa die GAV zwischen Maschinenindustrie und Angestelltenverbänden sowie Gewerkschaften (Vertragsperiode 1978–1983) folgende Leistungen:

während des	1. Dienstjahres	1 Monat
ab 2. Dienstjahr bis zum vollendeten 3. Dienstjahr		2 Monate
ab 4. Dienstjahr bis zum vollendeten 9. Dienstjahr		3 Monate
ab 10. Dienstjahr bis zum vollendeten 14. Dienstjahr		4 Monate
ab 15. Dienstjahr bis zum vollendeten 19. Dienstjahr		5 Monate
ab 20. Dienstjahr		6 Monate

13 Dazu kommen die sog. Absenzenregelungen, die im Zusammenhang mit der Arbeitszeit (sogleich 2.) zu betrachten sind.

14 Auch gemäss dem vom Schweizerischen Gewerkschaftsbund herausgegebenen Kommentar SCHWEINGRUBER's muss «wohl angenommen werden», dass nach dem Wortlaut des Gesetzes «verschiedenartige Verhinderungen im gleichen Dienstjahr zusammenge-rechnet werden.» (N. 6 zu Art. 324a OR); gl. M. BRÜHWILER, N. 10 zu Art. 324a OR.
15 Vorn III. Teil, 53.1.

Mindestansprüchen für einzelne Verhinderungsgründe oder Gruppen von solchen (z.B. Militärdienst; Krankheit/Unfall/Schwangerschaft; usw.) bestünden unabhängig voneinander und liessen zudem den gesetzlichen Mindestanspruch für die übrigen Verhinderungsgründe (z.B. Ausübung eines öffentlichen Amtes) unberührt¹⁶.

Allerdings mag hier der Eindruck entstehen, der Arbeitgeber werde für seine Grosszügigkeit bestraft, indem alternativ gedachte Sozialleistungen als kumulativ gewährt aufgefasst würden. Dieser Einwand mag in Einzelfällen zutreffen. Es ist aber zu beachten, dass Sozialleistungen, wie auch der Lohn, kein Geschenk darstellen. Sie bilden einerseits die Anerkennung für den Selbstwert des Menschen über seine Funktion als Produktionsfaktor hinaus, und andererseits kann der Arbeitgeber durch die Gewährung von Sozialleistungen seine Arbeitsplätze attraktiver machen. Er verbessert damit seine Stellung auf dem Arbeitsmarkt¹⁷. Wie bei allen anderen Rechten und Pflichten muss somit auch bei Sozialleistungen für die Auslegung von AAB die Unklarheitenregel gelten.

Trotz der grossen Verbreitung von Lohnfortzahlungsregelungen in AAB stellen unangemessene oder gar rechtswidrige Klauseln die Ausnahme dar. Eine gewisse Gefahr besteht dann, wenn die von Rechtsprechung und Verbänden aufgestellten Skalen abgeändert werden, wie etwa im folgenden Beispiel:

«Bei Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit oder Unfall ohne Selbstverschulden wird das volle Gehalt ausgerichtet bei einer Anstellungsdauer von:

2 Monaten	während	1 Woche
3 Monaten	während	2 Wochen
6 Monaten	während	4 Wochen
1 Jahr	während	6 Wochen
2 Jahren	während	2 Monaten
3 Jahren	während	3 Monaten
10 Jahren	während	4 Monaten
15 Jahren	während	5 Monaten
20 Jahren	während	6 Monaten.»

Gemessen an der Berner- und an der Basler-Skala stehen hier verminderte Leistungen bei einer Anstellungsdauer von 3 bis (und mit) 5 Monaten erhöhten Leistungen für die meisten übrigen Dienstaltersklassen gegenüber. Dieser Arbeitgeber wird daher insgesamt wohl kaum weniger Leistungen erbringen als er dies bei Einhaltung etwa der Basler Skala tun müsste. Dennoch befriedigt die Regelung nicht. Denn die erwähnte Klasse von 3, 4 und 5 Monaten ist geringer dotiert als es das Gesetz *zwingend* vorschreibt (Art. 324a Abs. 2 OR). Für die betreffenden Arbeitnehmer wird der Trost gering

16 Ohne Hinweis auf die AAB-Problematik und die Unklarheitenregel nimmt SCHWEINGRUBER an, Sonderabreden für Krankheit und Unfall sowie für den Militärdienst liessen oft die Auslegung zu, «dass der gesetzliche Lohnanspruch für die übrigen Verhinderungen erhalten bleiben soll.» (N. 6 zu Art. 324a OR).

17 Gl. M. D. MEYER, S. 290, mit Hinweisen.

sein, dass auch sie, wäre der Unfall früher oder später geschehen, überdurchschnittliche Leistungen erhalten hätten. Selbst wenn solche betriebsindividuellen Skalen denjenigen der Rechtsprechung im gesamten gleichwertig sind oder diese sogar übertreffen, so sollte meines Erachtens doch nicht ohne sachlichen Grund von den – präsumtiv – einigen Gerechtigkeitsgehalt aufweisenden Entscheidungen des Gesetzgebers und der Rechtsprechung abgewichen werden. Zwar sieht das Gesetz im gegebenen Fall solche Abweichungen selbst vor (Art. 324a Abs. 4 OR¹⁸). Es ist aber zu beachten, dass diese Norm die Lohnausfallversicherung im Auge hat¹⁹. Zudem genügen AAB der für solche Abweichungen erforderlichen Schriftform grundsätzlich nicht²⁰. Eine Ausnahme könnte nur für Regelungen gemacht werden, die den Arbeitnehmer erheblich besser stellen als das gesetzliche Minimum. Nur sie würden meines Erachtens der ratio legis des Schriftformerfordernisses gemäss Art. 324a Abs. 4 OR gerecht.

21.4. *Altersvorsorge*

AAB enthalten erfreulich häufig einen Hinweis auf eine Personalvorsorgeeinrichtung. Nur selten allerdings werden Rechte und Pflichten der Parteien im Vertragstext festgelegt. Regelmässig wird auf Statuten und Reglemente rechtlich selbständiger Pensionskassen (meist in Form der Personalfürsorgestiftung gemäss Art. 89 bis ZGB) oder von sog. Gruppenversicherungen hingewiesen. In vielen Fällen wird dem Arbeitnehmer (angeblich) ein Exemplar dieser Satzungen vor Vertragsabschluss übergeben und wie die AAB selbst als «integrierender Bestandteil» des Vertrages bezeichnet. Auf diesem Weg kann sich der Arbeitnehmer umfassend über seine betriebliche Altersvorsorge (zweite Säule) informieren.

Allerdings sind diese Statuten, soweit ersichtlich²¹ allesamt nicht leicht verständlich. Dem Ungeübten dürfte es schwer fallen, auf Anhieb das für ihn Wesentliche zu erfassen. Gewiss sollen solche Satzungen vollständig sein und auch Einzelfragen umfassend regeln; letztlich wird die damit erzielte Rechtssicherheit auch dem Arbeitnehmer zugute kommen. Dabei geht aber nur allzu oft

18 «Durch schriftliche Abrede, Normalarbeitsvertrag oder Gesamtarbeitsvertrag kann eine von den vorstehenden Bestimmungen abweichende Regelung getroffen werden, wenn sie für den Arbeitnehmer mindestens gleichwertig ist.»

19 STREIFF, Kommentar Arbeitsvertrag, N. 11 zu Art. 324a OR; zur Entstehung dieser Norm: SCHWEINGRUBER, Kommentar Arbeitsvertrag, N. 8 zu Art. 324a OR; s. auch BGE 96 II 133.

20 Vorn III. Teil, 23.33.

21 In den Antworten auf meine AAB-Umfrage wurde mit Detailangaben über die Personalvorsorge aussergewöhnliche Zurückhaltung geübt. Neben dem Diskretionsbedürfnis mag als Ursache dafür die Auffassung des Arbeitgebers entscheidend sein, dass solche Statuten trotz Bezeichnung als «integrierender Bestandteil» – doch nicht recht zum Vertragsinhalt gehören.

die Transparenz für den Arbeitnehmer verloren, der sich über die *Grössenordnung* seiner Ansprüche und Verpflichtungen innert nützlicher Frist ins Bild setzen will.

Zu diesem Zweck dürfte es nützlich sein, die wesentlichen, rechtlich erheblichen Bestimmungen zusammenzufassen und in das zu unterzeichnende Formular oder in ein angehängtes, auch die anderen arbeitsvertraglichen Rechte und Pflichten enthaltendes Reglement aufzunehmen. Als Minimum sollten dabei meines Erachtens die Beitragspflicht des Arbeitnehmers sowie die Leistungen der Kasse in ihrem Umfang wenigstens der Grössenordnung nach genannt sein. Denkbar wäre etwa die Formulierung:

«Die Firma übernimmt zwei Drittel des einzuzahlenden Beitrages»²².

oder:

«Die Prämien werden zu $\frac{5}{8}$ von der Firma und zu $\frac{3}{8}$ von den Versicherten getragen. Eintrittsgelder bei Neuversicherungen gehen voll zu Lasten der Versicherten»²³.

Für den Umfang der Renten sollte meines Erachtens ein Mindestanspruch, am besten in Prozentsätzen des versicherten Lohnes, festgelegt sein. Weniger hilfreich für den Arbeitnehmer ist demgegenüber die Angabe eines maximalen und eines Durchschnittsanspruchs, z.B.:

«Die reglementarischen Leistungen der Pensionskasse betragen für Alters- und Invalidenrenten höchstens 60% der versicherten Besoldung (im Durchschnitt 51%).»

Noch weniger besagt allerdings die folgende Bestimmung:

«Für die Berechnung der Alters- und Witwenrenten sind das Eintrittsalter und die Lohnklasse des Versicherten massgebend.»

Allerdings sind dem letztzitierten Reglement umfangreiche Tabellen beigegeben, so dass sich der Anspruch berechnen lässt bzw. liesse (bei genügender Geduld und ausreichenden Vorkenntnissen).

Ausgesprochen nachteilige oder gar rechtswidrige Klauseln traten in meiner Untersuchung nicht auf. Zum Problem der Freizügigkeit ist festzuhalten, dass nach schweizerischem Recht eine Bindung des Pensionsanspruchs an das Fortbestehen des Arbeitsverhältnisses bis zur Pensionierung – in gewissen Grenzen – ausdrücklich vorgesehen ist²⁴.

Es erübrigt sich deshalb, in AAB enthaltene Einschränkungen der Freizügigkeit auf ihre Angemessenheit zu überprüfen²⁵. Die entsprechenden Normen des OR sind einseitig zwingender Natur gemäss Art. 362 OR; zu Ungunsten des Arbeitnehmers abweichende Abreden sind nichtig (Art. 362 Abs. 2 OR). Solche Klauseln kamen, wie erwähnt, in meiner Untersuchung nicht vor.

22 Dieses Beispiel stammt aus einem umfangreichen, mit vielen Informationen und Illustrationen angereicherten Reglement.

23 Auch diese Klausel entstammt umfangreichen, global einbezogenen AAB.

24 Gemäss Art. 331a Abs. 1 bis 3 und Art. 331b Abs. 1 bis 3. Damit soll natürlich de lege ferenda nichts gegen einen Ausbau der Freizügigkeit vorgebracht sein. STREIFF beurteilt die geltende Regelung als mühsamen Kompromiss, der erst im Parlament zustande kam (Kommentar Arbeitsvertrag N. 3 zu Art. 331a OR.).

25 Zum deutschen Recht WIEDEMANN, Ruhegeldanwartschaft und Kündigung, in: Recht der Arbeit 1969, S. 244–249 (vor allem 247).

21.5. Abgangsentschädigung

Das Gesetz sieht beim Vorliegen gewisser Voraussetzungen²⁶ eine Abgangsentschädigung des Arbeitnehmers im Mindestumfang von 2 Monatslöhnen vor. Dabei geht das Gesetz offensichtlich davon aus, dass die Höhe dieses Anspruchs durch die Vertragsparteien festgelegt werden sollte²⁷. Beim Fehlen einer Parteivereinbarung ist die Höhe der Abgangsentschädigung «vom Richter unter Würdigung aller Umstände nach seinem Ermessen festzusetzen, darf aber den Betrag nicht übersteigen, der dem Lohn des Arbeitnehmers für acht Monate entspricht»²⁸.

Anders als beim Anspruch auf Lohnfortzahlung gemäss Art. 324a OR besteht hier somit kein zwingend festgelegter Anspruch auf eine angemessene Berücksichtigung der Umstände (Dienst- und Lebensalter); durch schriftliche Vereinbarung können es die Parteien ein für allemal bei zwei Monatslöhnen bewenden lassen.

Doch kann eine solche Regelung nicht ausgewogen²⁹ sein. De facto bewirkt sie nämlich eine Abweichung vom dispositiven Recht zu Lasten des Arbeitnehmers. Das dispositive Recht wird hier zwar nicht direkt durch das Gesetz bestimmt, sondern durch die Ermessensentscheidung des Richters, auf die das Gesetz verweist. Quasi-dispositiv wird dieses Richterrecht dadurch, dass das Gesetz das vertragliche Festschreiben des Minimums von zwei Monatslöhnen (ohne Rücksicht auf die Umstände) ermöglicht.

Für AAB ist nun bedeutsam, dass solche Parteiabreden gemäss Art. 339c Abs. 1 OR der Schriftform bedürfen. Wie mehrmals erwähnt, genügen bloss global in den Vertrag einbezogene AAB diesem Erfordernis grundsätzlich nicht³⁰. Allerdings kann sich der Arbeitgeber, der z.B. in seinen AAB eine höhere Abgangsentschädigung versprochen hat, als sie der Richter nach billigem Ermessen festsetzen würde, nicht auf diese Regel berufen; er kann nicht seinerseits die fehlende Schriftform der von ihm selbst aufgestellten Klausel geltend machen³¹.

26 Nämlich wenn das Arbeitsverhältnis eines mindestens fünfzig Jahre alten Arbeitnehmers nach zwanzig oder mehr Dienstjahren endet, Art. 339b Abs. 1 OR.

27 BRÜHWILER, N. 1 zu Art. 339c OR; s. auch den Wortlaut von Art. 339c Abs. 1 OR.

28 Art. 339c Abs. 2 OR.

29 Selbst BRÜHWILER, Sekretär des Zentralverbandes schweizerischer Arbeitgeber-Organisationen, empfindet etwas anderes als ausgewogen, nämlich die in verschiedenen Gesamtarbeitsverträgen festgelegte Abstufung von zwei bis acht Monatslöhnen (BRÜHWILER, N. 1 zu Art. 339c OR).

30 Vorn III. Teil, 23.33.

31 Dies muss meines Erachtens aus dem Verbot der missbräuchlichen Rechtsausübung, insbesondere dem Verbot widersprüchlichen Verhaltens folgen (Verbot des *venire contra factum proprium*; s. zu diesem Grundsatz MERZ, Berner Kommentar, N. 422 zu Art. 2 ZGB, aber auch N. 461 ff. zur unzulässigen Berufung auf Formungültigkeit).

Daraus folgt, dass AAB-Bestimmungen über die Abgangsentschädigung *Mindestansprüche* gewähren, die der Richter nach seinem Ermessen (gemäss Art. 339c Abs. 2 OR) allenfalls heraufsetzen kann. Als Massstab für dieses Ermessen haben Recht und Billigkeit gemäss Art. 4 ZGB zu dienen.

Will der Arbeitgeber diese Billigkeitskontrolle vermeiden, dann muss er die Höhe der Abgangsentschädigung durch eine auch seitens des Arbeitnehmers bewusst (d.h. durch Vollerklärung) eingegangene Vereinbarung festzulegen suchen.

Immerhin scheint kein grosses Bedürfnis danach zu bestehen, die Abgangsentschädigung für alle Arbeitnehmer, unbeschleunigt der Umstände, auf das gesetzliche Minimum zu beschränken. Dies wurde in einem einzigen Fall meiner Untersuchung angestrebt; in einem weiteren wurden wenigstens 3 Monatslöhne als Abgangsentschädigung generell festgesetzt. Zu diesem insgesamt erfreulichen Resultat dürften nicht zuletzt verschiedene Gesamtarbeitsverträge beitragen³².

Zu erwähnen sind aber zwei andere für den Arbeitnehmer nachteilige Klauseln. Im ersten Fall heisst es:

«Die Abgangsentschädigung wird spätestens drei Monate nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses fällig.»

Gemäss Art. 339c Abs. 4 OR kann eine spätere Fälligkeit als zum Zeitpunkt der Beendigung des Arbeitsverhältnisses nur durch *schriftliche* Abrede (einzelvertraglich) vereinbart werden. Diesem Erfordernis genügt die erwähnte Klausel, sofern sie nur global in den Vertrag einbezogen wird, nicht. Die Abgangsentschädigung würde mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses fällig.

Im zweiten Fall heisst es:

«Für die Berechnung der Abgangsentschädigung ist der durchschnittliche Monatslohn der letzten fünf Jahre massgebend.»

Dies kann, besonders in Zeiten starker Nominallohnerhöhungen³³, zu erheblicher Benachteiligung des Arbeitnehmers führen. Nach h.L. entspricht dies denn auch nicht dem Sinn von Art. 339c Abs. 1 OR; es ist vielmehr auf den zuletzt bezogenen Lohn abzustellen³⁴. Einzig bei im Moment der Beendigung des Arbeitsverhältnisses reduzierter Lohnzahlung (z.B. wegen Kurzarbeit)

32 Z.B. der L-GAV des Gastgewerbes vom 6. 4. 1976, Art. 46 (schon nach 15 Dienstjahren 2 Monatslöhne; nach 35 Dienstjahren 12 Monatslöhne) oder der GAV über die Anstellungsbedingungen der Werkmeister und der technischen Betriebsangestellten vom 17. 12. 71 (abgeschlossen zwischen dem Verband Zürcher Handelsfirmen und dem Schweizerischen Werkmeisterverband); dieser GAV sieht schon nach 10 Dienstjahren 3 Monatslöhne vor, nach 30 Dienstjahren 18 Monatslöhne; vgl. auch SCHWEINGRUBER, Kommentar Arbeitsvertrag, N. 2 zu Art. 339c OR.

33 D.h. vor allem in Zeiten starker Geldentwertung.

34 BRÜHWILER, N. 3 zu Art. 339c OR; Botschaft Arbeitsvertrag, S. 156.

bedarf der zuletzt bezogene Lohn einer Korrektur; aus Billigkeitserwägungen ist hier die Abgangsentschädigung nach dem vollen Lohn zu berechnen³⁵.

Wäre diese Klausel (durchschnittlicher Lohn der letzten fünf Jahre) in einem bewusst vereinbarten Vertrag enthalten, müsste sie gültig sein, wenn dafür eine entsprechend höhere Abgangsentschädigung als das gesetzliche Minimum von zwei Monatslöhnen vereinbart wäre. In AAB dagegen kann dies nicht ohne weiteres gelten; hier würde bei bloss globaler Einbeziehung eine vertraglich bzw. gesetzlich gesicherte Rechtsposition beeinträchtigt. Die Verwendung von AAB zu diesem Zweck stellt aber einen Missbrauch der Vertragsfreiheit dar.

21.6. *Lohnnachgenuss*

Beim Tod des Arbeitnehmers ist der Lohn während der in Art. 338 Abs. 2 OR festgelegten Dauer³⁶ fortzuzahlen. Diese Bestimmung ist relativ zwingend. Günstigere Regelungen finden sich in AAB nur selten³⁷. Allerdings gewähren, so ist zu vermuten³⁸, viele Personalvorsorgeeinrichtungen wesentlich grosszügigere Witwen- und Waisenrenten.

Vereinzelte AAB bemessen den Lohnnachgenuss nach der Dauer der Kündigungsfrist. In meiner Untersuchung gab es zwei derartige Fälle. Beide sahen eine längere Kündigungsfrist vor als die Dauer, während der der Lohn gemäss Art. 338 Abs. 2 fortzuzahlen ist.

Nicht unbedenklich ist jedoch die folgende Klausel, welche den gesetzlichen Mindestanspruch ausdrücklich erwähnt, diesem aber beifügt:

«Sind Versicherungen, an welche die Firma mindestens die Hälfte der Prämien entrichtet hat, leistungspflichtig, so werden die Versicherungsleistungen mit der Fortzahlung des Arbeitsentgeltes verrechnet.»

Wohl ist die Möglichkeit einer solchen Verrechnung grundsätzlich zuzulassen³⁹. Allerdings dürfte dies meines Erachtens nur so weit geschehen, als der Arbeitgeber die Prämien bezahlt hat. Der Anteil der Versicherungsleistung, welcher vom Arbeitnehmer finanziert wurde, müsste in jedem Fall zusätzlich zur Lohnfortzahlung ausgerichtet werden.

35 BGE 101 II 273.

36 Der Arbeitgeber hat den Lohn für einen weiteren Monat und nach fünfjähriger Dienstdauer für zwei weitere Monate, gerechnet vom Todestag an, zu entrichten, sofern der Arbeitnehmer den Ehegatten oder minderjährige Kinder oder bei Fehlen dieser Erben andere Personen hinterlässt, denen gegenüber er eine Unterstützungspflicht erfüllt hat.

37 In meiner Untersuchung waren es 5 Fälle.

38 Zur Lückenhaftigkeit meiner Untersuchung auf dem Gebiet der rechtlich selbständigen Vorsorgeeinrichtungen s. vorn, 21.4.

39 So auch SCHWEINGRUBER, N. 5 zu Art. 338a OR.

21.7. *Andere Sozialleistungen*

Unberührt von gesetzlichen Mindestvorschriften sind weitere Leistungen des Arbeitgebers. Verbreitet sind Ansprüche auf Dienstaltersprämien⁴⁰ sowie Sonderleistungen bei freudigen Ereignissen aller Art. Dabei wird bisweilen unterschieden zwischen der Geburt ehelicher und unehelicher Kinder; im letzteren Fall bestünde kein Anspruch auf die «besondere Zuwendung» (meist in Form eines Sparheftes mit einer bestimmten Einlage). Diese Ungleichbehandlung wirkt angesichts der Kindesrechtsrevision des Zivilgesetzbuches⁴¹, welche die rechtliche Gleichstellung der genannten Kategorien festlegt, ausgesprochen unschön. Sie dürfte aber von der Vertragsfreiheit gedeckt sein⁴². Daran kann ihre Festlegung in einem bloss global in den Vertrag einbezogenen Reglement nichts ändern⁴³.

Uneingeschränkt positiv sind meines Erachtens Ansprüche auf einen *Sparlohn* zu beurteilen. Denkbar ist die Gewährung von Zinszuschüssen auf Sparguthaben⁴⁴. Diese Form von Sozialleistungen wird in AAB (bisher) aber offensichtlich nur selten vorgesehen; in meiner Untersuchung waren es bloss zwei Fälle.

21.8. *Vergütung für Arbeitnehmererfindungen*

Gemäss Art. 332 Abs. 2 OR kann sich der Arbeitgeber durch «schriftliche Abrede» den Erwerb von Vorbehaltserfindungen⁴⁵ ausbedingen. Solche Abreden finden sich gelegentlich in AAB⁴⁶, z.B.:

«Vorbehaltserfindungen sind, unabhängig von ihrer Schutzfähigkeit, der Firma zu überlassen. Die Firma teilt dem Angestellten (...) mit, ob sie die Erfindung frei gibt, oder ob sie diese ganz oder teilweise erwerben will. Wird die Erfindung nicht freigegeben, richtet die Firma eine angemessene Vergütung aus. (...)»

In der Lehre ist streitig, ob ein solcher Erwerbsvorbehalt durch Reglement gültig vereinbart werden kann, ob also global einbezogene AAB dem

40 Auch Dienstalters«geschenke» genannt. Eine Schenkung im rechtlichen Sinne (Art. 239 ff. OR) liegt aber nicht vor, da diese freiwilligen Leistungen des Arbeitgebers ihren Grund im Arbeitsverhältnis haben. Als «entsprechende Gegenleistung» des Arbeitnehmers (Art. 239 Abs. 1 OR) ist dessen Betriebstreue zu betrachten.

41 BG vom 25. Juni 1976, in Kraft seit 1. Januar 1978 (AS 1977, 237–264).

42 Was bis vor kurzem im Zivilgesetzbuch ausdrücklich festgelegt war, nämlich eine Benachteiligung unehelicher Kinder, kann heute wohl kaum schon als unsittlich gemäss Art. 20 OR gelten.

43 Jedenfalls dann, wenn auch der Anspruch selbst in diesem Reglement seine Grundlage hat; s. vorn 21.2., Gratifikation.

44 Z.B. zwei zusätzliche Prozente bis zu einem Guthabenstand von 30 000 Fr.

45 D.h. Erfindungen, «die vom Arbeitnehmer bei Ausübung seiner dienstlichen Tätigkeit, aber nicht in Erfüllung seiner vertraglichen Pflichten gemacht werden.»

46 In meiner Erhebung waren es 7 Fälle, aufgestellt von durchwegs grossen Unternehmungen vor allem der chemischen und der Maschinenindustrie.

Schriftformerfordernis genügen⁴⁷. Aus den vorn dargelegten Gründen⁴⁸ genügen meines Erachtens AAB dem Erfordernis zweifellos nicht. Im gleichen Sinne hatte sich auch der Bundesrat in der Botschaft zur Revision des Arbeitsvertragsrechts geäußert⁴⁹. Solche Klauseln sind somit, sollen sie gültig sein, durch Vollerklärung in den Vertrag einzubeziehen.

Darüber hinaus gibt es nun aber AAB-Bestimmungen, die dem Arbeitgeber den Erwerb auch von freien Erfindungen zugestehen, etwa den Erwerb von

«Erfindungen, die während der Anstellungsdauer ausgeführt worden sind, gleichgültig ob während der regulären Arbeitszeit oder in der Freizeit, ob in sachlichem Zusammenhang mit dienstlichen Obliegenheiten oder arbeitsvertraglicher Tätigkeit oder nicht...»

Nach dem Schluss vom Kleineren auf das Grössere muss auch hier das Schriftformerfordernis von Art. 332 Abs. 2 OR gelten, besteht doch hier erst recht ein Schutzbedürfnis des Arbeitnehmers. In diesem Fall dürfte wohl auch BRÜHWILER zum Schluss kommen, dass die globale Einbeziehung einer solchen Klausel für deren Wirksamkeit nicht genügt⁵⁰.

Die folgende Klausel schliesslich scheint in Unkenntnis des geltenden Rechts (Art. 332 OR) aufgestellt worden zu sein⁵¹, ein weiterer Kommentar erübrigt sich:

«Art. 29 – Erfindungen: Erfindungen, die vom Angestellten bei Ausübung seiner dienstlichen Tätigkeit gemacht werden, sind Eigentum der XY-AG. Berufsfremde Erfindungen können von der XY-AG erworben werden.»

2.2. *Verpflichtungen des Arbeitnehmers*

22.1. *Dauer der Arbeitsleistung («Normalarbeitszeit»)*

Während die Hauptleistung des Arbeitgebers, die Lohnzahlung, vorwiegend individuell geregelt wird, herrscht für die Bestimmung der Arbeitszeit-Dauer die einheitliche Regelung vor. Nicht selten werden die in Gesamtarbeitsverträgen festgelegten Arbeitsbedingungen unverändert in die AAB übernommen und damit faktisch auf alle Arbeitnehmer ausgedehnt. Damit decken sich oftmals effektive und minimale Arbeitsbedingungen.

Der Umfang der wöchentlichen Arbeitszeit, meist «Normalarbeitszeit» genannt, wurde in knapp 80% der ausgewerteten, in Reglementsform gefassten

47 Nach BRÜHWILER (N. 8 zu Art. 332 OR) genügen die AAB dem Erfordernis, nach STREIFF (Kommentar OR, N. 6 zu Art. 332) nicht.

48 III. Teil, 23.33.

49 Botschaft Arbeitsvertrag, S. 125.

50 Zur Beurteilung solcher Klauseln unter dem Aspekt von Art. 27 ZGB s. VISCHER, S. 403.

51 Art. 332 Abs. 4 OR ist relativ zwingender Natur (Art. 362 OR), der Vergütungsanspruch für Vorbehaltserfindungen kann somit nicht wegbedungen werden.

AAB festgelegt. Bei unterzeichneten Formularen dagegen war dies wesentlich seltener der Fall (rund 30%); dies dürfte sich damit erklären, dass Formulare oftmals nur ergänzende Funktion haben und neben einem Gesamtarbeitsvertrag bestehen.

Zur Vermeidung von Unklarheiten vor allem über das Bestehen von Ansprüchen auf Überstundenzuschlag ist die Fixierung der wöchentlichen Arbeitsdauer in AAB dringend geboten. Neben betriebseinheitlichen sind gegebenenfalls auch gruppeneinheitliche Regelungen sinnvoll.

22.2. *Überstunden- und Überzeitarbeit*

Gelegentlich wird in Reglementen die Verpflichtung zur Leistung unbezahlter Überstunden- bzw. Überzeitarbeit vorgesehen, z.B.:

«*Überzeit*: Bis zu vier Stunden in der Woche werden nicht entschädigt. Darüber hinausgehende Überzeit wird, sofern sie von der Geschäftsleitung angeordnet worden ist, nach Möglichkeit durch gleich lange Freizeit ausgeglichen. Ist dies nicht möglich, so wird die Überzeit, soweit sie 60 Stunden im Jahr übersteigt, mit dem 180. Teil des Monatslohnes pro Stunde und einem Zuschlag von 25% vergütet.»

Zu ergänzen ist, dass im selben Reglement die «Normalarbeitszeit» auf 45 Stunden in der Woche festgesetzt ist.

Gemäss Art. 9 Abs. 1 und 13 Abs. 1 ArG ist für Überzeitarbeit⁵² ein Lohnzuschlag von 25% auszurichten. Ausnahmen bestehen nur für das Büropersonal sowie technische und übrige Angestellte⁵³. Daraus folgt, dass die als Beispiel erwähnte Überzeitklausel für das *Werkstatt*personal *rechtswidrig* ist⁵⁴; diese Arbeitnehmer müssen für jede Überstunde, die nicht ausgeglichen wird, entschädigt werden; somit auch für die ersten vier Überstunden in der Woche. Aber auch für Angestellte sowie für das Büropersonal ist die AAB-Bestimmung fragwürdig. Sie verlangt von diesen nämlich nicht nur Überzeitarbeit, sondern auch Überstundenarbeit ohne Entschädigung. Dafür bedarf es gemäss Art. 321c Abs. 3 OR aber einer *schriftlichen* Abrede. Diesem Erfordernis genügen global einbezogene AAB grundsätzlich nicht⁵⁵. Dies muss zweifellos dann gelten, wenn durch die Überstunden auch die Höchstarbeitszeit gemäss

52 Überzeitarbeit ist die über die *gesetzliche* Höchstarbeitszeit hinausgehende Arbeit im Gegensatz zur Überstundenarbeit, welche die über die *vertraglich* festgelegte wöchentliche (Normal-)Arbeitszeit hinausgehende Arbeit darstellt.

Die Höchstarbeitszeit beträgt 45 Stunden für Arbeitnehmer in industriellen Betrieben sowie für Büropersonal, technische und andere Angestellte, mit Einschluss des Verkaufspersonals in Grossbetrieben des Detailhandels (Art. 9 Abs. 1 lit. a ArG).

53 Art. 13 Abs. 1 ArG gewährt diesen Arbeitnehmern den Zuschlag nur für Überzeitarbeit, die 60 Stunden im Kalenderjahr übersteigt (Art. 13 Abs. 1 ArG).

54 Die Folge ist Teilnichtigkeit der AAB-Klausel. Vorausgesetzt ist selbstverständlich, dass es sich um einen industriellen Betrieb gemäss Art. 5 ArG handelt, da sonst die Höchstarbeitszeit von 50 Stunden gemäss Art. 9 Abs. 1 lit. b ArG gelten würde.

55 Zur Begründung s. vorn III. Teil, 22.33.

ArG überschritten wird; das Schutzbedürfnis des Arbeitnehmers ist in solchen Fällen besonders gross. Aber auch bei blosser Überstundenarbeit müsste meines Erachtens für die Wegbedingung des Zuschlages eine bewusste Willenserklärung des Arbeitnehmers verlangt werden. Der Unterschied etwa zur Reduktion eines Anspruchs auf Abgangsentschädigung⁵⁶ ist rechtlich dadurch gegeben, dass im einen Fall die Schriftform erforderlich ist⁵⁷, im anderen nicht⁵⁸. Es braucht somit nicht geprüft zu werden, ob durch Missbrauch der Vertragsfreiheit eine gesicherte Rechtsposition des Arbeitnehmers beeinträchtigt wird⁵⁹.

22.3. Absenzen («Urlaub»)

66% der Reglemente und 35% der Formulare meiner Untersuchung enthielten eine Regelung für bezahlte Absenzen: für Fehlzeiten also, die nicht nachgeholt zu werden brauchen. Viele dieser AAB stimmen inhaltlich mit Gesamtarbeitsverträgen überein oder gewähren eine gegenüber diesen leicht verbesserte Regelung^{59 a}.

Besonders häufig werden folgende Verhinderungsgründe zugelassen:

Tabelle 1: In AAB häufig erwähnte Absenzen ohne Lohnabzug (in Tagen)

	im Durchschnitt gerundet	längste	kürzeste
– Heirat, eigene	2	3	2
– Heirat eines Familienmitglieds	1	1	1
– Tod des Ehegatten, eines Kindes oder von Eltern	3	3	2
– Tod von Verwandten, die nicht mit dem Arbeitnehmer in Hausgemeinschaft gelebt hatten	1	1	1
– Geburt eines Kindes	1	1	1
– Umzug des eigenen Haushaltes	1	2	1
– Militärische Inspektion	1/2	1	1/2

Die gleichen Abwesenheitsgründe sind auch in GAV, z.B. der Maschinenindustrie⁶⁰ oder des Buchdruckgewerbes⁶¹ genannt mit nahezu in allen Punkten übereinstimmender Dauer der bewilligten Absenzen.

56 Z.B. bei vertraglicher Kürzung für den Fall der fristlosen Auflösung des Arbeitsverhältnisses, Art. 339c OR; s. auch SCHWEINGRUBER, Kommentar Arbeitsvertrag, N. 3 zu Art. 339 OR.

57 Art. 321c Abs. 3 OR.

58 Art. 339c Abs. 3 OR.

59 Anders z.B. auch bei der Reduzierung eines Gratifikationsanspruchs. S. vorn 21.2.

59a Zu den gesamtarbeitsvertraglichen Regelungen s. insbesondere WEBER, Die Ansprüche auf Freizeit und Ferien nach schweizerischem Arbeitsrecht, Diss. Bern 1976. S. 79 ff.

60 4. Ausgabe 1977 der Vereinbarung und Verabredungen, in der Maschinenindustrie zwischen ASM einerseits und SMUV, CMV, SVEA sowie LFSA andererseits; Vereinbarung vom 19. Juli 1937/1974. Seit dem 19. Juli 1978 (Vertragsdauer 1978-1983) gilt als einzige Änderung für militärische Inspektionen eine Absenz von 1 Tag.

61 Ausgabe 1977 des GAV für Arbeitnehmer im schweizerischen Buchdruckgewerbe (1977 1980).

Unterschiede in der Dauer bestehen bei weniger häufig genannten Abwesenheitsgründen, die offenbar auch in GAV seltener oder überhaupt nicht auftreten (Tabelle 2):

Tabelle 2: In AAB selten erwähnte Abzensen ohne Lohnabzug:

	Absenz in Tagen (in der Regel)
– Todesfall von Bekannten	$\frac{1}{2}$
– Arbeitsjubiläum 25 und 40 Jahre	$\frac{1}{2}$
– Arztbesuch, dringender	$\frac{1}{2}$
– Vorladung bei Behörden	$\frac{1}{2}$
– Schulbesuch	$\frac{1}{2}$
– Silberne Hochzeit	$\frac{1}{2}$
– Militärische Entlassung	1
– Jungbürgerfeier	1
– Eidgenössische Feste (Sänger, Schützen usw.) bei aktiver Teilnahme	1
– Fahrprüfung	$\frac{1}{2}$

Im übrigen wird häufig auf sog. *Kurzabsenzen* hingewiesen; diese sind in den allermeisten Fällen nachzuholen. Darunter fallen insbesondere persönliche Besorgungen, aber auch regelmässige Arzt- und Zahnarztbesuche sowie Krankenbesuche. Auf individuelle Abmachungen wird in der Regel verwiesen, wenn der Arbeitnehmer ein *öffentliches Amt* übernimmt.

Mit den erwähnten Katalogen füllen AAB eine Gesetzeslücke aus. Gemäss Art. 324a OR besteht eine Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers bei Verhinderung des Arbeitnehmers an der Arbeitsleistung «aus Gründen, die in seiner Person liegen». Die Aufzählung der Gründe ist nicht abschliessend. Nach h.L. fallen insbesondere auch familiäre Verhinderungsgründe unter diese Bestimmung⁶².

Meines Erachtens erfüllen AAB diese Funktion der Lückenfüllung umso besser, je *konkreter* sie die Verhinderungsgründe umschreiben. Unzweckmässig wäre somit die folgende Regelung:

«Absenzen, die durch die Regelung von Familienangelegenheiten, das Ordnen dringlicher privater Verhältnisse oder die Mitgliedschaft bei Behörden verursacht werden, führen nicht zu einer Kürzung der Ferien, solange sie im Rahmen des Üblichen liegen. Im allgemeinen entscheidet der zuständige Vorgesetzte – aufgrund der gegebenen Richtlinien – über Gewährung oder Ablehnung.»

Beim Fehlen einer Regelung wäre es nicht einfach, nach geltendem Recht für jeden Verhinderungsgrund einen präzisen Anspruch festzustellen; die Rechtsprechung hilft jedenfalls nicht weiter. Meines Erachtens sollten die in GAV und auch in vielen AAB häufig erwähnten Verhinderungsgründe (s. vorn, Tabelle 1) im üblichen Umfang anerkannt werden.

Für den Arbeitnehmer hat eine präzise Regelung den weiteren Vorteil, dass die Lohnfortzahlung für diese Gründe zusätzlich zu vertraglichen Lohnansprüchen, etwa bei Krankheit oder Militärdienst, zu gewähren ist⁶³.

62 Botschaft Arbeitsvertrag, S. 93; REHBINDER, Arbeitsrecht, S. 64 f.; STREIFF, Kommentar Arbeitsvertrag, N. 9 zu Art. 324a OR; VISCHER, S. 385 f., FN 28.
63 Zur Begründung s. vorn, 21.3.

22.4. *Feriendauer*

In 63% der ausgewerteten AAB war die Dauer der Ferien festgelegt. Auffallend ist, ähnlich wie bei den Absenzenregelungen, die enge Anlehnung an die Mindestbestimmungen der Gesamtarbeitsverträge. Übertarifliche Leistungen stellen offensichtlich die ganz seltene Ausnahme dar. Auch die Abstufungen nach Altersgruppen werden regelmässig in wörtlicher Form aus den GAV übernommen (besonders auffallend in der Maschinenindustrie).

Nirgendwo war ein Verstoß gegen Mindestvorschriften eines Gesamtarbeitsvertrages oder des Gesetzes (Art. 329a OR und kantonale Regelungen) festzustellen. Gelegentlich wird die vom Gesetz vorgesehene Möglichkeit der *Kürzung* (Art. 329b OR) in die AAB wörtlich übernommen. Dies hat aber rechtlich keine Bedeutung; die Kürzungsmöglichkeit bestünde ohnehin. Denn Art. 329b OR verlangt für die Möglichkeit der Kürzung nicht eine von Art. 329a abweichende Parteiabrede. Umgekehrt könnte natürlich die Kürzung vertraglich ausgeschlossen werden. Ob eine Kürzung über das in Art. 329b Abs. 1 genannte Mass hinaus vertraglich vereinbart werden dürfte, ist nicht ohne weiteres klar. Immerhin ist Art. 329b Abs. 1 OR eine Norm *dispositiven* Rechts. Jedenfalls wird die Kürzungsmöglichkeit durch die einseitig zwingenden Vorschriften von Art. 329b Abs. 2 und 3 OR⁶⁴ beschränkt. STREIFF scheint darüber hinaus *jede* weitergehende Kürzungsmöglichkeit, als sie das Gesetz vorsieht, ablehnen zu wollen⁶⁵. Für Einzelabreden ist die Frage meines Erachtens nicht schlüssig zu beantworten. Eine Regelung in global einbezogenen AAB dagegen müsste zweifellos als ungültig betrachtet werden wegen Missbrauchs der Vertragsfreiheit⁶⁶, denn damit würde eine dispositive Norm mit zweifellos beträchtlichem Gerechtigkeitsgehalt⁶⁷ verdrängt.

22.5. *Haftung bei Schädigung des Arbeitgebers*

Gemäss Art. 321e OR ist der Arbeitnehmer für den Schaden verantwortlich, den er «absichtlich oder fahrlässig» dem Arbeitgeber zufügt. Er haftet also grundsätzlich für jedes Verschulden. Das Mass der Sorgfalt, für die er

64 Demnach besteht keine Kürzungsmöglichkeit bei Verhinderung des Arbeitnehmers durch Gründe, die in seiner Person liegen, und zwar für Krankheit, Unfall etc. bis zu einem Monat und für Schwangerschaft bis zu zwei Monaten.

65 «Der Arbeitgeber darf also eine stärkere Kürzung der Ferien als gemäss Gesetz auch dann nicht vornehmen, wenn der Arbeitnehmer mit einer solchen Abmachung einverstanden wäre. Insbesondere darf er bei einem Arbeitsversäumnis von weniger als einem Monat die Ferien nicht reduzieren.» (STREIFF, Kommentar Arbeitsvertrag, N. 7 zu Art. 329b OR). S. allerdings auch N. 3 (ebd.) zum *verschuldeten* Arbeitsversäumnis und BRÜHWILER, N. 1 zu Art. 329b OR.

66 Vorn III. Teil, 54.26.

67 Vorn II. Teil, 12.53.

einzustehen hat, bestimmt sich «nach dem einzelnen Arbeitsverhältnis», wobei Berufsrisiko, Bildungsgrad und Fachkenntnisse, die der Arbeitsplatz erfordert sowie Fähigkeiten und Eigenschaften des Arbeitnehmers zu berücksichtigen sind⁶⁸.

Die Problematik des Einzelfalles besteht regelmässig darin, das Mass der Sorgfalt zu bestimmen, für das der Arbeitnehmer – in casu – einzustehen hat oder hatte. Diese Frage lässt sich kaum vertraglich abschliessend regeln, können sich doch die massgeblichen Umstände, etwa die Fähigkeiten und Eigenschaften des Arbeitnehmers, laufend ändern.

Eine generelle Erhöhung dieses Sorgfaltmasses durch Vertrag wäre zudem unzulässig, da Art. 321e OR einseitig zwingend ist (Art. 362 OR). Unzulässig wäre es zum Beispiel, für Arbeiten mit grossem Berufsrisiko die gleichen Sorgfaltsmassstäbe vertraglich vorzusehen wie für solche mit geringerer Schadensneigung⁶⁹.

Denkbar ist nun aber eine vertragliche *Haftungsbegrenzung*, etwa der Ausschluss der Haftung bei leichter Fahrlässigkeit⁷⁰. Solche Bestimmungen scheinen in AAB aber nur wenig verbreitet zu sein. In meiner Untersuchung fanden sich bloss 8 Fälle, von welchen in 6 das gleiche, von Verbänden aufgestellte Reglement verwendet wurde, nämlich das «Gemeinsame Formular der gastgewerblichen Verbände». Auf der Rückseite dieses Formulars finden sich – klassisch kleingedruckt⁷¹ – AAB in Form eines Reglements; AAB also, die dazu bestimmt sind, nur global in den Vertrag einbezogen zu werden. In diesem Reglement steht:

«3. *Sorgfalt*

3.1. Der Arbeitnehmer hat die ihm übertragenen Arbeiten sorgfältig auszuführen.

3.2. Er ist für Schäden verantwortlich, die er dem Arbeitgeber schuldhaft zufügt.

3.3. Eine Haftung für zerbrochenes Geschirr oder Glas besteht nur, wenn den Arbeitnehmer ein Verschulden trifft. Es dürfen dem Arbeitnehmer nur die tatsächlichen Ersatzkosten in Rechnung gestellt werden.»

Die Formulierung insbesondere von Ziff. 3.3. ist unglücklich. Bezweckt ist offensichtlich eine Haftungsbegrenzung («eine Haftung besteht nur, wenn...»). Doch ist es in hohem Masse verwirrend festzulegen, für die Haftung bedürfte es eines Verschuldens. Denn dass ein Verschulden im rechtlichen Sinne nötig ist für eine vertragliche Haftpflicht, ist selbstverständ-

68 Art. 321e Abs. 2 OR.

69 Zu den Begriffen Betriebsrisiko und schadensgeneigte Arbeit s. K. MEIER, Die Berücksichtigung des Berufsrisikos bei der Haftung des Arbeitnehmers, Bern 1978, S. 20, 40 ff.

70 Damit würde am Mass der nötigen Sorgfalt nichts verändert. Vielmehr würde damit eine Sorgfaltspflichtverletzung in beschränktem Rahmen vertraglich erlaubt. Dies ist rechtlich weit besser zu fassen, sind doch die Kategorien des vertraglichen Verschuldens durch Rechtsprechung und Lehre hinreichend gefestigt.

71 Auf einer DIN A 4-Seite stehen zwei Spalten mit zusammen 232 Zeilen.

lich. Gemeint ist wohl ein Verschulden im Sinn der Umgangssprache. Dem dürfte eine gesteigerte Form des Verschuldens im rechtlichen Sinn entsprechen, nämlich mindestens mittlere⁷² oder aber grobe Fahrlässigkeit im Gegensatz zur leichten. Eine solche Auslegung müssen sich auch von Verbänden empfohlene AAB gefallen lassen, denn auch sie unterstehen der Unklarheitenregel.

Unmissverständlich dagegen ist die folgende, in den AAB einer Unternehmung des Juwelenhandels enthaltene Klausel:

«Der Arbeitnehmer haftet der Firma XY-AG für allfälligen Schaden, den er ihr *absichtlich* oder *grob fahrlässig* zufügt.»

In gleichem Sinne lautet die entsprechende Bestimmung in den von einem Transportgewerbeverband empfohlenen AAB. Solche Klauseln sind meines Erachtens vorbildlich⁷³, nicht zuletzt im Sinne der Rechtssicherheit.

3. Modalitäten des Leistungsaustausches

3.1. Pflichten des Arbeitgebers

31.1. Beschäftigungspflicht

In vier Fällen der durchgeführten Erhebung wurde, sinngemäss und teilweise wörtlich übereinstimmend, folgende Klausel verwendet:

«Nach erfolgter Kündigung kann die Firma bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses bei voller Lohnzahlung auf die Dienste des Mitarbeiters verzichten.»

Ein genereller Anspruch des Arbeitnehmers auf Beschäftigung kann aus der allgemeinen Fürsorgepflicht des Arbeitgebers (Art. 328 Abs. 1 OR) abgeleitet werden. Voraussetzung ist aber, dass der Arbeitnehmer an der tatsächlichen Beschäftigung ein berechtigtes Interesse hat¹. Doch selbst in diesem Fall kann die Beschäftigungspflicht entfallen, nämlich dann, wenn der

72 Zu den drei Stufen der Fahrlässigkeit s. K. MEIER, S. 29, mit Berufung auf BGE 100 II 338. Dort erklärt das Bundesgericht, dass bloss zwei Stufen nach der Lebenserfahrung nicht genügen.

73 K. MEIER fordert für *schadensgeneigte* Tätigkeiten den Ausschluss der Haftung bei leichter Fahrlässigkeit. Mittlere Fahrlässigkeit solle zu einer stark reduzierten Haftung führen: als Faustregel solle die Schadenersatzleistung von maximal einem Monatsgehalt gelten (K. MEIER, S. 39).

1 BGE 87 II 143; REHBINDER, Arbeitsrecht, S. 73; VISCHER befürwortet die Beschäftigungspflicht für Angestellte und «andere Arbeitnehmer mit besonders bedeutsamen Aufgaben, da gerade hier durch eine lange Befreiung von der Arbeitsleistung der Eindruck hervorgerufen wird, dass die bisherigen Leistungen so minderwertig seien, dass der Arbeitgeber lieber Geld aufwendet, als die Leistung in Empfang zu nehmen» (S. 349). Zur generellen Geltung des Anspruchs auf Beschäftigung nach deutschem Recht s. ZÖLLNER, Arbeitsrecht, S. 128; HANAU/ADOMEIT, Arbeitsrecht, 4.A., Frankfurt/M. 1974, S. 160.

Arbeitnehmer auf überwiegende Belange des Arbeitgebers Rücksicht nehmen muss².

Für den in den erwähnten vier AAB-Ordnungen geregelten Fall hat das Bundesgericht entschieden, dass während der Dauer der Kündigungsfrist eine Beschäftigungspflicht grundsätzlich nicht besteht³. Da nun ein Anspruch nicht besteht, kann er durch AAB auch nicht in unangemessener Weise beeinträchtigt werden⁴. Die vier Klauseln sind somit für den Arbeitnehmer nicht nachteilig⁵.

31.2. *Form der Lohnzahlung*

Gelegentlich enthalten AAB (durchwegs global in den Vertrag einbezogene Reglemente) eine sinngemäss wie folgt lautende Klausel:

«Die Lohnauszahlung erfolgt durch Überweisung auf ein Postscheck- oder Bankkonto nach freier Wahl.»

Gemäss Art. 323b Abs. 1 OR ist der Geldlohn dem Arbeitnehmer «in gesetzlicher Währung innerhalb der Arbeitszeit auszurichten, sofern nichts anderes verabredet oder üblich ist». Da für abweichende Abreden die Schriftform nicht erforderlich ist, sind auch global einbezogene AAB grundsätzlich als gültig zu betrachten. Es ist aber fraglich, ob die Berufung auf solche Klauseln nicht infolge ihres freiheitsbeschränkenden und das dispositive Recht einseitig abändernden Inhalts rechtsmissbräuchlich ist⁶.

Für die oben erwähnte Klausel trifft dies meines Erachtens nicht zu, da die Einrichtung eines Postscheckkontos jedermann zumutbar sein dürfte. Anderes müsste für die folgende Klausel gelten:

«Die Salärauszahlung erfolgt auf ein Salärkonto bei einer Schweizerbank.»

Diese Klausel bedarf meines Erachtens infolge ihres die Vertragsfreiheit beschränkenden Charakters⁷ der bewussten Zustimmung des Arbeitnehmers, um Wirksamkeit zu erlangen. Bei bloss globaler Einbeziehung wäre die Berufung auf diese Bestimmung als Missbrauch der Vertragsfreiheit (vorn III. Teil 54.26.) zu betrachten. Denn mindestens die Möglichkeit des

2 REHBINDER, Arbeitsrecht, S. 73; so etwa bei Betriebsunterbrechungen, Unfähigkeit des Arbeitnehmers, Störung des Betriebsfriedens.

3 BGE 99 Ib 129 (133).

4 Ausnahmen müssten aber gelten für Tätigkeiten, bei denen durch Nichtbeschäftigung das berufliche Fortkommen beeinträchtigt wäre wie etwa bei Künstlern, Journalisten oder Spezialisten (VISCHER, S. 348).

Bei den erwähnten AAB dürfte dies kaum generell zutreffen, handelt es sich doch um 2 Unternehmungen der Maschinen- und Metallindustrie sowie um zwei der chemischen Industrie; bei den letzteren wäre allerdings der Fall hochqualifizierter Forscher näher zu prüfen.

5 Sie sind, im Gegenteil, klarstellend dadurch, dass sie die höchstrichterliche Rechtsprechung ausdrücklich übernehmen. Sie dienen somit der Rechtssicherheit.

6 In der Lehre findet sich kein Hinweis auf die AAB-Problematik dieser Klauseln.

7 Sie enthält de facto einen Kontrahierungszwang mit einer Geschäftsbank.

spesenfreien Postscheckkontos müsste dem Arbeitnehmer – bei fehlender bewusster Zustimmung zur bargeldlosen Lohnzahlung – offen bleiben; vor allem deshalb, weil dem Arbeitgeber aus dem Zwang zum Bankkonto in der Regel kein Vorteil erwächst. Ist der Arbeitgeber mit Bankunternehmungen wirtschaftlich verbunden⁸, dann müsste die Klausel zweifellos als *ungewöhnlich*⁹ und deshalb als nicht gültig in den Vertrag einbezogen betrachtet werden.

De lege ferenda wäre dringend zu prüfen, ob für Abreden gemäss Art. 323b Abs. 1 OR nicht die Einführung des *Schriftformerfordernisses* (und damit der Zwang zur Vollerklärung des Arbeitnehmers) gerechtfertigt wäre.

31.3. Zeitpunkt der Lohnzahlung (Fälligkeit der Lohnforderung)

Rund die Hälfte der untersuchten AAB, welche den Zeitpunkt der Lohnzahlung regeln¹⁰, sehen die Fälligkeit der Lohnforderung am 25. des jeweiligen Monats vor. Dies bedeutet eine Besserstellung des Arbeitnehmers gegenüber der gesetzlichen Regelung (Art. 323 Abs. 1 OR; Lohnzahlung «Ende jeden Monats»¹¹).

Seltener bestehen Regelungen über den *Vorschuss*. Fraglich ist die Rechtmässigkeit folgender Klausel:

«Bei Notlage und Härtefällen kann mitte Monat eine Akontozahlung in der Höhe von max. 80% des bis zu diesem Zeitpunkt aufgelaufenen Lohnguthabens, auf die nächsten Fr. 100, abgerundet und auf dem Arbeitsrapport angegeben, verlangt werden.»

Gegenüber der einseitig zwingenden Bestimmung von Art. 323 Abs. 4 OR¹² wäre dies in dreifacher Hinsicht eine Schlechterstellung des Arbeitnehmers:

Erstens ist die Beschränkung auf die Monatsmitte mit der *ratio legis* von Art. 323 Abs. 4 nicht zu vereinbaren¹³. Zweitens widerspricht die Reduktion

8 Das vorliegende Beispiel (Salärkonto bei einer Schweizerbank) entstammt den AAB eines Ingenieurbüros, bei welchem wirtschaftliche Verflechtungen der genannten Art jedenfalls nicht in evidenter Weise bestehen.

9 Zur Ungewöhnlichkeitsregel bei geschäftsfremden Klauseln s. vorn III. Teil, 52.3.

10 Nämlich 12 von 22 Fällen.

11 Eine Schlechterstellung des Arbeitnehmers ist ausgerechnet in einem kollektiv aufgestellten Formular, nämlich demjenigen der gastgewerblichen Verbände, vorgesehen («5. Der Lohn wird in der Regel am Ende des Monats, spätestens jedoch bis zum 5. des folgenden Monats ausbezahlt»). Doch ist diese Regelung wörtlich dem Landes-GAV des Gastgewerbes vom 6. April 1976 entnommen (Art. 30 Abs. 2). Aber auch ohne Abstützung auf einen Gesamtarbeitsvertrag liegt bei überbetrieblich von den Verbänden beider Seiten empfohlenen AAB keine faktisch einseitige Rechtsgestaltung vor, vielmehr ist kollektiv vertragliche Richtigkeit anzunehmen (dazu vorn III. Teil, 3.1.; 3.3.).

12 «Der Arbeitgeber hat dem Arbeitnehmer nach Massgabe der geleisteten Arbeit den Vorschuss zu gewähren, dessen der Arbeitnehmer infolge einer Notlage bedarf und den der Arbeitgeber billigerweise zu gewähren vermag.»

13 Diese Norm soll dem Arbeitgeber helfen, sich aus Notlagen zu befreien (Botschaft Arbeitsvertrag, S. 84). Solche entstehen aber, so ist zu vermuten, nicht nur jeweils am 15. Tag des Monats.

auf 80% des aufgelaufenen Guthabens dem Wortlaut des Gesetzes («nach Massgabe der geleisteten Arbeit»). Aus dem gleichen Grund ist drittens das Abrunden auf die nächsten hundert Franken widerrechtlich¹⁴.

Zulässig wäre die vertragliche Reduktion des Vorschusses natürlich dann, wenn dieser unabhängig von einer Notlage des Arbeitnehmers gewährt würde. Aber auch bei dieser Regelung müsste bei einer tatsächlichen Notlage der ganze gesetzliche Mindestanspruch bestehen; die Reduktion könnte somit nur gelten, soweit keine Notlage bestünde.

3.2. *Pflichten des Arbeitnehmers*

32.1. *Art der Arbeitsleistung (Funktion des Arbeitnehmers)*

Grundsätzlich hat der Arbeitnehmer die «vertraglich übernommene Arbeit»¹⁵ zu leisten. Fehlt eine Vereinbarung, dann muss der Arbeitnehmer jede Arbeit ausführen, die üblicherweise von Arbeitnehmern der gleichen Art verrichtet wird. Nach h.L. hat er darüber hinaus die üblicherweise damit verbundenen Nebenpflichten zu erfüllen¹⁶.

In AAB wird recht häufig¹⁷ festgelegt, der Arbeitnehmer habe auch andere als die vereinbarte Arbeit auszuführen. Unbedenklich ist dies dann, wenn diese Erweiterung im Rahmen des «Zumutbaren» gehalten wird¹⁸. Vertretbar ist aber auch, für die Erweiterung der Arbeitspflicht den Rahmen der «Fähigkeiten und beruflichen Ausbildung des Arbeitnehmers» festzulegen.

Anderes muss dagegen für die folgende Klausel gelten:

«Dem Arbeitnehmer können auch andere Funktionen als die vereinbarte übertragen werden.»

Meist steht diese Bestimmung direkt unter derjenigen, welche, individuell vereinbart, die Funktion des Arbeitnehmers festlegt (z.B.: «Der Arbeitnehmer wird eingestellt als Koch»). In diesen Fällen dürfte in der Regel eine Vollerklärung des Arbeitnehmers anzunehmen sein; an der gültigen und vollwertigen Einbeziehung in den Vertrag wäre nicht zu zweifeln¹⁹.

14 Daran ändert auch die gesetzliche Bestimmung nichts, dass der Vorschuss nur soweit zu gewähren ist, als ihn «der Arbeitgeber billigerweise zu gewähren vermag.» Jedenfalls muss die Unbilligkeit für den Arbeitgeber im *Einzelfall* nachgewiesen sein und kann nicht generell durch vertragliche Reduktion des Vorschusses berücksichtigt werden, s. auch BRÜHWILER, N. 10 zu Art. 323 OR.

15 S. Art. 321 OR.

16 BRÜHWILER, N. 1 zu Art. 321 OR; REHBINDER, Arbeitsrecht, S. 40.

17 In meiner Untersuchung fanden sich 19 Fälle.

18 S. dazu STAMM, S. 68 f.

19 Allerdings müsste geprüft werden, ob und wie weit diese Klausel mit Art. 27 ZGB zu vereinbaren wäre; s. dazu die Ausführungen im Zusammenhang mit dem Änderungsvorbehalt zugunsten des Arbeitgebers (vorn 12.2.).

Wird die Bestimmung hingegen nur global einbezogen (was in einem der untersuchten Fälle tatsächlich geschah), dann ist es rechtsmissbräuchlich, sich auf sie zu berufen, soweit die Arbeit für den Arbeitnehmer gemäss seinen Fähigkeiten und seiner beruflichen Stellung nicht zumutbar ist. Diese Grenze, die sich aus der Gefahr des Missbrauchs der Vertragsfreiheit bei Verwendung von AAB ergibt²⁰, muss enger sein als die Grenze des Persönlichkeitsschutzes gemäss Art. 27 ZGB²¹. Denn diese Norm hindert niemand daran, eine Arbeit anzunehmen, die seiner beruflichen Stellung und seinen Fähigkeiten nicht entspricht²². Ist die entsprechende Bestimmung aber nicht bewusst in den Vertrag einbezogen worden, dann ist die Berufung auf sie rechtsmissbräuchlich²³, soweit die zugewiesene Arbeit nicht derjenigen entspricht, die üblicherweise von Arbeitnehmern der gleichen Art übernommen wird. Darauf hat der Arbeitnehmer nämlich einen Anspruch, wenn keine Vereinbarung vorliegt²⁴; und diese Rechtstellung ist zu schützen vor Beeinträchtigung durch einseitig aufgestellte Vertragsbedingungen.

32.2. *Ort der Arbeitsleistung*

Die Versetzung des Arbeitnehmers in einen anderen Betrieb (derselben Unternehmung, also desselben Arbeitgebers) ist «gegen den Willen des Arbeitnehmers nur zulässig, wenn sie ihm zuzumuten ist, da das Arbeitsverhältnis in der Regel nur für einen bestimmten Betrieb begründet wird»²⁵.

Es stellt sich nun die Frage, ob eine Versetzung auch dann zumutbar sein muss, wenn die AAB-Regelung die Versetzung mehr oder weniger schrankenlos ermöglicht.

Als erstes Beispiel sei das Reglement («Dienstordnung») erwähnt, das drei wirtschaftlich zusammengeschlossene Privatbahnen benützen:

«Der Angestellte kann während der Dauer seines Dienstverhältnisses an einen anderen Dienstort innerhalb des Netzes der X(-Bahn), Y(-Bahn) und Z(-Bahn) versetzt werden, wenn die Dienstverhältnisse, die wirtschaftliche Verwendung der Arbeitskräfte oder der Gesundheitszustand des Angestellten es erfordern. Auf die persönlichen Verhältnisse des Angestellten ist nach Möglichkeit Rücksicht zu nehmen.»

Diese Dienstordnung, knapp 20 Seiten umfassend, ist offensichtlich dazu bestimmt, nur global in den Vertrag einbezogen zu werden. Es ist somit zu vermuten, dass dem Arbeitnehmer die Versetzungsklausel nicht bewusst wird.

20 S. 3. Teil, 54.26.

21 S. FN. 17.

22 Auch ein Professor könnte sich rechtsgültig als Arbeitnehmer im Kehrtafelabfuhrwesen verpflichten.

23 Im Sinne des Missbrauchs der Vertragsfreiheit als Rechtsinstitut.

24 BRÜHWILER, N. 1 zu Art. 321 OR; REHBINDER, Arbeitsrecht, S. 40.

25 REHBINDER, Arbeitsrecht, S. 40.

Rechtsmissbräuchlich wäre einmal mehr die Berufung auf solche Bestimmungen, welche die sonst bestehende Rechtslage zu ungunsten des Arbeitnehmers einseitig abändern²⁶. Im vorliegenden Fall ist immerhin zu berücksichtigen, dass der Angestellte einer Eisenbahn mit Versetzungen in der Regel eher rechnen muss als andere Arbeitnehmer. Dennoch kann meines Erachtens diese AAB-Klausel am Erfordernis der Zumutbarkeit nichts ändern. Auf die persönlichen Verhältnisse des Arbeitnehmers ist nicht nur «nach Möglichkeit», sondern in jedem Fall Rücksicht zu nehmen.

Dies nicht zuletzt deshalb, weil dem Arbeitgeber grundsätzlich die Möglichkeit der Änderungskündigung offensteht. In Fällen an sich unzumutbarer Versetzung geniesst der Arbeitnehmer dann immerhin den begrenzten zeitlichen Bestandsschutz des Arbeitsverhältnisses während der Kündigungsfrist.

Das Kriterium der Zumutbarkeit muss auch für die folgende, aus dem «Personalreglement» einer gesamtschweizerisch tätigen Unternehmung des Detailhandels stammende Klausel gelten:

«Wenn es die berufliche Weiterbildung oder der Geschäftsgang erfordert, kann der Angestellte während einer bestimmten Dauer zu Arbeiten an einem anderen Arbeitsplatz oder gegebenenfalls an einem anderen Arbeitsort eingesetzt werden: Filiale oder Lagerhaus.»

Hier müsste die Zumutbarkeit unter Berücksichtigung sowohl der zeitlichen Dauer als auch der Entfernung vom bisherigen Arbeitsort gegeben sein.

32.3. *Einteilung der Arbeitszeit*

Der Arbeitgeber kann die Einteilung der Arbeitszeit aufgrund seines Weisungsrechts allein festlegen²⁷. Es besteht keine dispositive gesetzliche Norm und auch nicht ein üblicher, subsidiär geltender Normalstundenplan. Somit besteht grundsätzlich auch nicht die Gefahr, dass durch global einbezogene AAB eine gesicherte Rechtsposition des Arbeitnehmers beeinträchtigt werden könnte.

Allerdings liegt es im Interesse des Arbeitnehmers, die Arbeitszeiten rechtzeitig zu kennen. Für industrielle Betriebe besteht deshalb gemäss Art. 47 Abs. 1 ArG die Pflicht des Arbeitgebers, «den Stundenplan . . . durch Anschlag bekanntzugeben». Durch Aufnahme des Stundenplanes in die AAB kann der Arbeitgeber diese Transparenz weiter erhöhen. Diese Möglichkeit wird in der Vertragswirklichkeit recht häufig benutzt²⁸.

26 Versetzungen in andere Gemeinden, Landesgegenden oder gar ins Ausland haben in der Regel einen schweren Eingriff in die Persönlichkeit des Arbeitnehmers zur Folge.

27 U. Ch. NEF, Rechtliche Aspekte der gleitenden Arbeitszeit, in: ZSR 1971 I. Hbdt., S. 403–416 (407).

28 Fast die Hälfte (45%, nämlich 29 von 65) der in meiner Untersuchung ausgewerteten Reglemente enthielt eine Regelung über die Einteilung der Arbeitszeit.

Am ehesten wird den Interessen des Arbeitnehmers aber die *gleitende Arbeitszeit* gerecht. Hier wird den Arbeitnehmern das Recht zugestanden, «jederzeit und ohne vorherige Anzeige ihre Arbeitszeit in gewissen Grenzen einseitig und frei zu bestimmen»²⁹. Aus einer Wahl*forderungs*modalität auf der Arbeitgeberseite wird damit eine Wahl*schuld*modalität auf der Arbeitnehmerseite³⁰. Diese Umkehrung ist aber nicht eine vollständige, weil das Wahlrecht des Arbeitnehmers durch die sog. Blockzeiten eingeschränkt ist³¹. Immerhin verzichtet damit der Arbeitgeber auf einen Teil seines Weisungsrechts zugunsten des Arbeitnehmers.

Es liegt auf der Hand, dass AAB das ideale rechtliche Gestaltungsmittel für eine Gleitzeit-Ordnung darstellen. Sie gewährleisten die Einheitlichkeit, soweit sie nötig ist (Blockzeiten) und verhindern gleichzeitig die Möglichkeit unvorhergesehener Änderungen, was bei der Gestaltung durch generelle Weisungen grundsätzlich möglich wäre – jedenfalls in den Grenzen von Treu und Glauben. Mindestens für die Dauer der Kündigungsfrist bleibt dem Arbeitnehmer somit sein Wahlrecht gesichert.

4. Eingliederung in die Arbeitsorganisation

Zum Zweck der Eingliederung des Arbeitnehmers in die Arbeitsorganisation erlässt der Arbeitgeber in der Regel generelle und individuelle Weisungen gemäss Art. 321d OR. Dieses Weisungsrecht ist aber durch die Rechtsordnung eingeschränkt¹. Will der Arbeitgeber über diese Schranken hinaus gehende Anordnungen erlassen, dann muss er sich diese Befugnis vom Arbeitnehmer einräumen lassen. Dies kann durch Zustimmung im Einzelfall oder aber durch generelle Ermächtigung mittels vertraglicher Vereinbarung geschehen. Im letzteren Fall besteht nun die Gefahr einseitig eigennütziger Regelungen, wenn vorbereitete Vertragsordnungen verwendet und nur global in den Vertrag einbezogen werden.

4.1. Ablauforganisation

41.1. Präsenzkontrolle

Zur Koordination der Arbeitsabläufe bedarf die Einteilung der Arbeitszeit in der Regel einer generellen Ordnung². Je mehr dabei auf

29 U. Ch. NEF, S. 407. S. auch REHBINDER, Arbeitsrecht, S. 41.

30 U. Ch. NEF, S. 407.

31 Ebd.

1 Zu den Schranken des Weisungsrechts s. STAMM, S. 51–101.

2 S. vorn 32.3.

individuelle Bedürfnisse der Arbeitnehmer Rücksicht genommen wird³, desto notwendiger ist in der Regel eine Präsenzkontrolle. Praktisch unerlässlich ist sie offensichtlich bei gleitender Arbeitszeit. So sehen alle vorgefundenen Gleitzeit-Reglemente eine Kontrolle durch Stempeluhren (auch «Zeiterfassungsgeräte» genannt) vor.

Verlangt wird durchwegs die persönliche (d.h. eigenhändige) Zeiterfassung; das Stempeln für andere ist damit untersagt. Regelmässig wird auch verlangt, dass handschriftliche Eintragungen in die Stempelkarte vom Vorgesetzten zu visieren sind. Schliesslich werden regelmässig Sanktionen angedroht für den Fall von Missbräuchen der Kontrolleinrichtungen (Strafanzeige wegen Betruges, Entzug der «Gleitzeit-Berechtigung»).

Obwohl derartige Vorschriften die persönliche Freiheit des Arbeitnehmers beeinträchtigen, müssen sie zulässig sein. Denn sie sind dem zusätzlichen Freiheitsspielraum gegenüberzustellen, der aus der gleitenden Arbeitszeit resultiert. Nur schikanöse, durch das legitime Bedürfnis nach Zeiterfassung nicht gedeckte Vorschriften könnten rechtsmissbräuchlich sein. Solche traten in meiner Untersuchung aber nicht auf.

41.2. *Ferienbezug*

Gemäss Art. 329c Abs. 2 OR bestimmt der Arbeitgeber den Zeitpunkt der Ferien; er hat dabei auf die Wünsche des Arbeitnehmers soweit Rücksicht zu nehmen, «als dies mit den Interessen des Betriebes oder Haushaltes vereinbar ist». Zweifellos muss nach dem Wortlaut dieser Norm bei der notwendigen Interessenabwägung den Interessen des Arbeitgebers ein gewisses Übergewicht zukommen⁴. Zudem ist es der Arbeitgeber, der bei fehlender Einigung die Ferien festlegt⁵.

Recht häufig wird nun in AAB die Bestimmung aufgenommen, die Ferien müssten bis zu einem bestimmten Zeitpunkt bezogen werden⁶, z.B.:

- 3 Bei individueller Arbeitszeit kann der Arbeitnehmer zwar in gewissen Schranken seine Arbeitszeit selbst festlegen (etwa Dauer und Lage der Mittagspause), aber er ist für längere Zeit an diese Ordnung gebunden, sie gilt für ihn generell. Bei gleitender Arbeitszeit dagegen sind nur die Blockzeiten zu respektieren; die Randzeiten kann der Arbeitnehmer nicht nur individuell, sondern auch entsprechend der konkreten Situation – in einem gewissen Rahmen – beliebig verteilen.
- 4 So STREIFF, N. 5 zu Art. 329c OR; gl. M. BRÜHWILER, N. 3 zu Art. 329c OR; WEBER, S. 195.
- 5 «Ein Recht des Arbeitnehmers zur Ablehnung des Ferienbezuges an vom Arbeitgeber bestimmt festgelegten Zeiten besteht nicht» (BRÜHWILER, N. 3 zu Art. 329c OR). S. auch WEBER, S. 193.
- 6 Solche Klauseln enthielten 18 der ausgewerteten Vertragsordnungen meiner Untersuchung, also rund 20%.

«Die Ferien müssen im gleichen Kalenderjahr bezogen werden, spätestens jedoch bis zum 31. März des folgenden Jahres, ansonsten der Anspruch verfällt.»

Die rechtliche Bedeutung solcher Klauseln ist nicht einfach zu bestimmen. Naheliegend ist die folgende Auslegung: Der Arbeitgeber verpflichtet sich, dem Arbeitnehmer *vor* dem bestimmten Zeitpunkt Gelegenheit zu bieten, die Ferien zu beziehen. Denkbar ist aber auch folgende Möglichkeit: Es soll primär dem Arbeitnehmer überlassen sein, den Zeitpunkt seiner Ferien festzulegen; er muss sie aber vor dem bestimmten Termin beziehen. In jedem Fall ist die angedrohte Sanktion («ansonsten der Anspruch verfällt») *rechtswidrig*. Denn Art. 329c Abs. 1 OR sieht (einseitig zwingend, Art. 362 OR) vor, dass die Ferien «im Verlauf des betreffenden Dienstjahres, spätestens aber im folgenden Dienstjahr» zu gewähren sind. Dabei ist zu berücksichtigen, dass der Ferienanspruch gemäss Art. 329a OR einseitig zwingend, also für den Arbeitnehmer unverzichtbar ist. Der Anspruch kann somit auch dann nicht verfallen, wenn er vom Arbeitnehmer nicht geltend gemacht wird. Vielmehr hat der Arbeitgeber dafür zu sorgen, dass die Ferien auch tatsächlich bezogen werden. Mit WEBER⁷ ist anzunehmen, dass der Arbeitgeber in der zum Ferienbezug bestimmten Zeit dem Arbeitnehmer jede Beschäftigung verweigern darf und muss, um die Pflicht der Feriengewährung zu erfüllen⁸. Darin liegt jedenfalls dann kein Annahmeverzug des Arbeitgebers, wenn die Festsetzung der Ferien rechtmässig erfolgt ist⁹. Nimmt der Arbeitgeber die Arbeit jedoch weiterhin entgegen, dann ist anzunehmen, er habe der vom Arbeitnehmer angestrebten Verschiebung der Ferien stillschweigend zugestimmt¹⁰. Daran kann eine Vertragsbestimmung im vorn erwähnten Sinne nichts ändern; diese Klausel kann nur als Aufforderung an den Arbeitgeber verstanden werden, dafür zu sorgen, dass alle Arbeitnehmer die Ferien vor dem festgesetzten Termin beziehen (können). Von einem Verfallen des Ferienanspruches kann keine Rede sein¹¹.

7 H. U. WEBER, S. 202.

8 Meines Erachtens kann der Anspruch innerhalb der von Art. 329a OR festgesetzten Frist gar nicht «verfallen», er kann einzig durch Erfüllung der entsprechenden Pflicht untergehen.

9 WEBER, S. 202.

10 Ebd.

11 Zur Verbreitung solcher Klauseln ist anzumerken, dass zum Glück nicht alle diese rechtlich nichtige Folge des «Verfallens» vorsehen. Oft heisst es einfach, die Ferien seien vor dem 31. März des folgenden Jahres zu beziehen.

41.3. *Auslagenersatz («Spesenregelung»)*

Gemäss Art. 327a Abs. 1 OR hat der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer «alle durch die Ausführung der Arbeit notwendig entstehenden Auslagen» zu ersetzen. Die Notwendigkeit solcher Auslagen ist nun aber nicht immer einfach zu bestimmen. AAB könnten zur Klärung dieser Frage einen wichtigen Beitrag leisten; sie können in Zweifelsfällen grosse streitverhütende Wirkung haben. Zudem könnte sich der Arbeitnehmer durch Konsultation des Reglements rechtzeitig über seine Ansprüche im Einzelfall informieren. Zweckmässig wären etwa Bestimmungen im folgenden Sinn:

«Für Geschäftsreisen sind grundsätzlich die öffentlichen Verkehrsmittel zu benützen (...). Mitarbeiter der Chefpositionen 1–3 sind berechtigt, Bahnbillette 1. Klasse zu beziehen (...). Allen übrigen Mitarbeitern steht für Auslandsreisen bis 100 km Entfernung von XY (d.h. vom Arbeitsort; Anm. des Verfassers) und für Reisen in der Schweiz ein Zweitklass-Billett zu; für Auslandsreisen über 100 km ein Erstklass-Billett.»

Offensichtlich erfüllen AAB hier ihre Funktion umso besser, je genauer sie die zu ersetzenden Auslagen festlegen. Eher ernüchternd als präzisierend dürfte die folgende Klausel wirken:

«Bei Einladung von Gästen ist Zurückhaltung zu üben (...). Die Mitnahme der Ehefrauen ist nur mit Bewilligung des zuständigen Ressortleiters und in aussergewöhnlichen Repräsentationsfällen zulässig, ebenso der Besuch von Exklusiv-Restaurants mit überhöhten Preisen.»

Der nötigen Präzision dürfte hingegen folgende AAB-Bestimmung genügen:

«Arbeitnehmer, die ihren privaten Personenwagen für den beruflichen Einsatz oder zum Transport von Mitarbeitern zur Verfügung stellen müssen, haben Anrecht auf eine Kilometerentschädigung. Diese richtet sich in der Regel nach den in der Armee geltenden Ansätzen.»

Wohl ist hier der Anspruch nicht explizit bestimmt, er ist aber bestimmbar. Dies genügt, die notwendige Rechtssicherheit herbeizuführen.

In keinem Fall meiner rechtstatsächlichen Untersuchung wurde durch Reglement eine pauschale Spesenvergütung vorgesehen¹². Für eine solche wäre gemäss Art. 327a Abs. 2 OR die Schriftform notwendig. Diesem Erfordernis würden aber nur global in den Vertrag einbezogene AAB meines Erachtens nicht genügen¹³, erforderlich wäre eine bewusste Erklärung des Arbeitnehmers¹⁴.

41.4. *Vorschlagswesen*

Wohl jede an Produktivitätssteigerung interessierte Unternehmung dürfte ihre Arbeitskräfte dazu ermuntern, Verbesserungsvorschläge zu machen.

12 Allerdings ist mit einer gewissen Dunkelziffer zu rechnen, fand sich doch gelegentlich der Hinweis auf separate (nicht mitgelieferte) Spesenregelungen.

13 A. M. STREIFF, N. 3 zu Art. 327a OR.

14 Zur Begründung s. vorn III. Teil, 22.33.

Über solche Aufrufe hinaus wird nun bisweilen das *Verfahren* für die Begutachtung, Bewertung und Honorierung von Vorschlägen reglementiert. Einer vertraglichen Grundlage bedürfen solche Verfahrensvorschriften grundsätzlich nicht. Ebensowenig müssen sie sich innerhalb der Schranken des Weisungsrechts gemäss Art. 321d OR bewegen. Dies gilt jedenfalls so weit, als das Vorbringen von Vorschlägen freiwillig ist¹⁵.

Hingegen unterstehen derartige Verfahrensregelungen meines Erachtens den Vorschriften über «Preisausschreiben und Auslobung» gemäss Art. 8 OR: «Wer durch Preisausschreiben oder Auslobung für eine Leistung eine Belohnung aussetzt, hat diese seiner Auskündigung gemäss zu entrichten»¹⁶.

Für Vorschlagsregelungen bedeutet dies, dass der Arbeitgeber an das von ihm festgelegte Verfahren gebunden ist. So wird etwa festgelegt, dass die Vorschlagskommission aus 10 Mitgliedern bestehen und sich aus Vertretern aller Abteilungen sowie einem Mitglied der Betriebskommission zusammensetzen müsse. Weiterhin kann ihre Beschlussfähigkeit geregelt werden sowie die Möglichkeit des Arbeitnehmers, bei Vorliegen wichtiger Gründe eine Wiedererwägung der Entscheidungsgründe zu verlangen.

In besonderem Masse muss die Bindung an das selbstgesetzte Verfahren gelten, wenn anonyme Behandlung der Vorschläge, allenfalls auf Wunsch des Vorschlagenden, versprochen wird. In solchen Fällen kann sich der Arbeitnehmer neben Art. 8 OR auch auf die Normen des Persönlichkeitsschutzes, vor allem Art. 328 Abs. 1 OR, berufen.

Aus Art. 8 Abs. 2 OR folgt, dass Reglemente über das Vorschlagswesen nicht ohne weiteres abgeändert werden dürfen. Tritt nämlich der Auskündigende zurück, «bevor die Leistung erfolgt ist, so hat er denjenigen, die aufgrund der Auskündigung in guten Treuen Aufwendungen gemacht haben, hierfür bis höchstens zum Betrag der ausgesetzten Belohnung Ersatz zu leisten, sofern er nicht beweist, dass ihnen die Leistung doch nicht gelungen wäre». Allerdings dürften solche Aufwendungen im betrieblichen Vorschlagswesen nur schwer geltend zu machen sein, liegt doch der Wert solcher Vorschläge in aller Regel in der Idee und nicht in aufwendigen Planungsarbeiten.

41.5. Arbeitsplatzbezogene Weiterbildung

Strukturwandlungen des Betriebes erfordern die Einführung neuer Anlagen und Verfahren. Die Arbeitnehmer sind dementsprechend auf neue

15 Anderes gilt selbstverständlich, wenn das Ausarbeiten von Verbesserungsvorschlägen vertragliche Arbeitspflicht des Arbeitnehmers ist (z.B. Funktion der Internen Revision, Organisationsplanung).

16 Art. 8 Abs. 1 OR.

Aufgaben vorzubereiten. Regelungen in AAB über die zu diesem Zweck notwendigen Ausbildungskurse¹⁷ sind offensichtlich selten¹⁸. Regelungsbedürftig ist vor allem die Frage der Kurskostenentschädigung sowie das Nachholen der versäumten Arbeitszeit.

Nach STAMM ist – meines Erachtens zutreffend – beim Fehlen einer ausdrücklichen vertraglichen Regelung eine (konkludente) Zusage des Arbeitgebers zur Übernahme des Aufwandes dann anzunehmen, wenn «zur richtigen Erfüllung der Arbeitspflicht ein Schulungs- und Einführungskurs (...) nach objektiver Betrachtungsweise unerlässlich» ist¹⁹. Keine der drei in meiner Untersuchung vorgefundenen Klauseln beeinträchtigt diese Rechtsposition des Arbeitnehmers. Sie sind jedoch alle so allgemein gehalten, dass sie wohl nur informativen Charakter haben und die vertraglichen Rechte und Pflichten kaum konkretisieren²⁰. Die Vielfalt der Arbeitsplätze dürfte eine konkrete Regelung aller denkbaren Fragen ohnehin nicht erlauben. Offensichtlich sind AAB zur Regelung dieses Problems wenig geeignet.

41.6. *Bekleidungs Vorschriften*

Im Detailhandel, vor allem bei Warenhäusern, besteht das Bedürfnis, die äussere Erscheinung des Verkaufspersonals vertraglich zu regeln. Verlangt wird u.a. «diskretes Make up» oder der Verzicht auf «modisch extreme Bekleidung»²¹. Solche Bestimmungen könnten meines Erachtens durchaus aufgrund des Weisungsrechts erlassen werden, da an der Zumutbarkeit für den Arbeitnehmer bzw. an der Üblichkeit kaum zu zweifeln ist. Die Regelung in AAB ist somit nicht nur unbedenklich, sondern zur Information der Arbeitnehmer durchaus sinnvoll. Allerdings sind solchen Bestimmungen Grenzen gesetzt. Was durch das Weisungsrecht nicht gedeckt ist²², kann nicht auf dem Umweg über global in den Vertrag einbezogene AAB wirksam vereinbart werden²³.

17 Zu unterscheiden von der arbeitsplatzbezogenen beruflichen Weiterbildung ist die Erwachsenen-(Allgemein-)Bildung, für die gelegentlich bezahlter Urlaub gewährt wird (s. dazu DE BEER, Der bezahlte Bildungsurlaub, Bern 1978; zur erwähnten Abgrenzung insbesondere S. 29). Eine einzige AAB-Ordnung meiner Untersuchung enthielt eine Bestimmung über diesen Erwachsenenbildungsurlaub, indem auf eine Stiftung verwiesen wurde, die unter gewissen Voraussetzungen Stipendien gewähren sollte.

18 Von 85 ausgewerteten AAB enthielten nur deren drei eine Bestimmung über die berufliche Weiterbildung.

19 STAMM, S. 109.

20 Geregelt wird etwa, welche Stelle innerhalb der Unternehmung für die Zustimmung zur Übernahme der Kosten zuständig ist. Zum Problem der Rückzahlungsklausel s. hinten, 61.4.

21 Gegenteilige Vorschriften, etwa die Verpflichtung zu auffälliger, «verkaufsfördernder» Kleidung kamen in meiner Untersuchung nicht vor; s. aber SÖLLNER, Einseitige Leistungsbestimmung, S. 107.

22 Dazu vorn, III. Teil, 54.31.

23 Zur Begründung vorn III. Teil, 54.26.

Neben Vorschriften über die äussere Erscheinung des Arbeitnehmers kommen solche über die Beschaffung, Reparatur und Reinigung der Bekleidung vor. Unhaltbar ist meines Erachtens die folgende Bestimmung:

«Die A-AG unterhält einen Überkleider-Service mit einer Leasing-Firma für die Lieferung, Reinigung und Reparatur der Überkleider. Die Kosten von Fr. 15, pro Monat trägt der Arbeitnehmer; sie werden mit dem Zahltag verrechnet.

Wenn nämlich der Arbeitnehmer sämtliche Kosten zu tragen hat, muss er meines Erachtens auch die Möglichkeit haben, die Überkleider individuell zu beschaffen. Einzig bei teilweiser (erheblicher) Übernahme der Kosten durch den Arbeitgeber wäre diesem ein Bestimmungsrecht über die Herkunft der Kleidung einzuräumen²⁴. Durch die erwähnte AAB-Bestimmung wird somit die einzelvertraglich eingeräumte Rechtstellung des Arbeitnehmers (in concreto der Lohnanspruch) beeinträchtigt; die Klausel müsste, um gültig zu sein, durch bewusste Erklärung in den Vertrag einbezogen werden.

41.7. *Namenplakette*

Wiederum im Detailhandel werden die im Verkauf tätigen Arbeitnehmer bisweilen dazu verpflichtet, «gut sichtbar» eine Namenplakette zu tragen. Auch hier muss es darum gehen, zu prüfen, ob das Weisungsrecht als Grundlage einer solchen Regelung ausreichen würde. Meines Erachtens ist dies nicht ohne weiteres anzunehmen, wird doch dadurch erheblich in die Persönlichkeit des Arbeitnehmers eingegriffen. Ebenso bedenklich ist daher die Regelung durch AAB; allein globale Einbeziehung kann nicht genügen²⁵. Allerdings wird der Arbeitgeber geltend machen können, der Arbeitnehmer habe dieser Pflicht stillschweigend zugestimmt, indem er sie aus der Erfahrung als Kunde habe kennen müssen und indem er ihr nicht widersprochen habe. Auf die AAB kann sich der Arbeitgeber aber nicht berufen; sie haben einzig informative Funktion.

Unbedenklich muss hingegen eine Plakette nicht mit dem Namen des Arbeitnehmers, sondern mit der Firmenbezeichnung des Arbeitgebers sein. Sie hat den wohl legitimen Zweck, das Verkaufspersonal von der Kundschaft zu unterscheiden. Eine entsprechende Regelung ist zweifellos durch das Weisungsrecht gedeckt.

- 24 Einheitliche Kleidung im Betrieb kann meines Erachtens somit nicht allein mit einer Weisung und entsprechendem Lohnabzug erreicht werden, sondern nur mit angemessener finanzieller Beteiligung des Arbeitgebers. Zulässig müsste die Bestimmung sein, dass die Arbeitnehmer das Waschen der vom Arbeitgeber zur Verfügung gestellten Überkleider auf eigene Kosten zu besorgen haben.
- 25 Zur Begründung vorn 3. Teil, 54.31.

41.8. *Telefonbenützung*

«Private Telefongespräche müssen vom Vorgesetzten bewilligt werden. Für die Bezahlung solcher Gespräche wird eine Liste geführt.»

Zweifellos ist die hier getroffene Regelung der Bezahlung der Telefongespräche für den Arbeitnehmer zumutbar²⁶. Das Erfordernis der Bewilligung durch den Vorgesetzten hingegen kann nur so weit gelten, als Telefongespräche während der Arbeitszeit geführt werden oder dienstliche Telefonapparate benützt werden. Für Gespräche während der Arbeitspause unter Benutzung von im Betrieb aufgestellten Münzautomaten kann das Bewilligungserfordernis nicht gelten; es ist mit Treu und Glauben nicht vereinbar. Wiederum können AAB keine Verpflichtung des Arbeitnehmers begründen, die nicht auch durch das Weisungsrecht gedeckt wäre.

Fraglich ist die Möglichkeit der globalen Einbeziehung folgender Klausel:

«Wird der Arbeitnehmer im Betrieb privat angerufen, so hat er nur in dringenden Fällen und möglichst kurz zu antworten.»

Zweifellos ist hier das Interesse des Arbeitgebers an freien Telefonleitungen sowie an der ungeschmälernten Arbeitsleistung des Arbeitnehmers zu berücksichtigen. Dennoch kann diese Klausel nicht mehr als eine Richtlinie darstellen; allein um herauszufinden, ob ein Anruf dringend ist, muss er vom Arbeitnehmer in der Regel wohl abgenommen werden. Bei grosszügiger Auslegung bleibt von dieser Bestimmung so wenig übrig, dass sie auch durch das Weisungsrecht gedeckt wäre.

4.2. *Ordnung im Betrieb und Sicherheitsorganisation*

42.1. *Unfallverhütung*

Gemäss Art. 38 Abs. 1 ArG hat die für industrielle Betriebe vorgeschriebene Betriebsordnung (Art. 37 Abs. 1 ArG) Bestimmungen über die Gesundheitsvorsorge und Unfallverhütung zu enthalten. Da die Betriebsordnung nicht aufgrund vertraglicher Einigung Geltung erlangt, sondern aufgrund innerbetrieblicher Kollektivvereinbarung bzw. einseitigem Aufstellungsakt durch den Arbeitgeber gestützt auf Art. 37 Abs. 4 ArG, besteht bei solchen

²⁶ Allerdings dürfte die verlangte Liste aus Gründen der Diskretion (Art. 328 Abs. 1 OR) keine Angaben über den Bestimmungsort der Gespräche oder gar die gewählten Nummern enthalten bzw. erfordern.

Bestimmungen keine Gefahr des Missbrauchs der Vertragsfreiheit. Das schliesst natürlich Verstösse gegen zwingendes Privatrecht und Gesamtarbeitsvertragsbestimmungen nicht aus. Zum Schutz der Arbeitnehmer untersteht die Betriebsordnung aber gemäss Art. 39 ArG der Kontrolle durch die kantonale Behörde²⁷. Zu ergänzen ist, dass Vorschriften über die Unfallverhütung kaum unangemessen im Sinne übermässiger Beschränkung der Persönlichkeitsrechte, sondern allenfalls unzweckmässig oder zu wenig wirksam sein können.

42.2. *Disziplinarordnung*

Ordnungsstrafen sind nach Art. 38 Abs. 1 ArG nur zulässig, «wenn sie in der Betriebsordnung angemessen geregelt sind». Auch hier besteht somit die Aufsicht der Behörde gemäss Art. 39 ArG. Im Gegensatz zur Unfallverhütung sind hier nun aber die Persönlichkeitsrechte des Arbeitnehmers potentiell in erheblichem Mass gefährdet. Im Sinne der Transparenz der Arbeitsbedingungen wäre es daher wünschenswert, wenn die in der Betriebsordnung enthaltende Regelung anlässlich der Vertragsverhandlungen dem Arbeitnehmer zur Kenntnis gebracht würde. Dafür besteht aber zweifellos keine Rechtspflicht²⁸.

Eine ausgebaut Disziplinarordnung war nur in einem einzigen der untersuchten Reglemente zu finden. Zwar umfassen diese AAB alle von der Lehre (teilweise) geforderten Elemente einer «angemessenen Regelung», nämlich die Umschreibung aller ordnungswidrigen Tatbestände und bei Geldbussen zudem Umfang und Verwendung²⁹.

Die vorgesehenen Sanktionen sind aber in casu recht massiv:

«1. Die Disziplinarstrafen sind:

- a) Verweis;
- b) Geldbusse bis zu Fr. 50,-;
- c) Einschränkung oder Entzug der Fahrvergünstigungen³⁰;
- d) Einstellung der Lohnerrhöhung, sofern das Maximum noch nicht erreicht ist;

27 Diese Prüfung umfasst zwar primär die Uebereinstimmung mit den Vorschriften des ArG und der dazugehörenden Verordnungen. Stösst die Behörde aber auf Widersprüche zu zwingenden Privatrechts- oder GAV-Bestimmungen, dann hat sie «auf Ausmerzung zu dringen», gegebenenfalls unter Einsatz der Mittel von Art. 51 ArG (CANNER/SCHOOP, N. 2 zu Art. 39 ArG).

28 Für die Wirksamkeit der Betriebsordnung genügt die Bekanntgabe im Betrieb gemäss Art. 39 Abs. 2 ArG. Dies gilt gleichermassen auch für die erst nach dem Inkrafttreten der Betriebsordnung neu eingetretenen, an ihrer Ausgestaltung in keiner Weise beteiligten Arbeitnehmer, «unabhängig von ihrem Willen und ihrer Zustimmung und ohne Rücksicht darauf, ob sie ihnen vor ihrem Eintritte inhaltlich bekannt war.» (CANNER/SCHOOP, N. 4 zu Art. 39 ArG).

29 HUG, Kommentar Arbeitsgesetz, N. 13 zu Art. 38; REHBINDER, Arbeitsrecht, S. 54; anders CANNER/SCHOOP, N. 4 zu Art. 38 ArG: Die erschöpfende Aufzählung der Tatbestände sei deshalb nicht nötig, weil Ordnungsstrafen nicht Strafen im Sinn des StGB seien (mit Hinweis auf BGE 73 I 290).

30 Diese Disziplinarordnung stammt aus den AAB einer Privatbahn.

- e) vorübergehende Einstellung im Dienst mit Kürzung oder Entzug des Lohnes;
 - f) Versetzung im Dienst oder Rückversetzung im Anstellungsverhältnis mit gleichem oder geringerem Lohn;
 - g) Versetzung ins provisorische Dienstverhältnis;
 - h) sofortige Entlassung.
2. Als wichtige Gründe für die sofortige Entlassung nach lit. h. hievord bzw. OR Art. 352 (heute Art. 337; Anm. des Verfassers) gelten insbesondere:
- a) die absichtliche oder wiederholt grob-fahrlässige Übertretung der Dienstvorschriften;
 - b) die schwerwiegende Übertretung der Gebote der Verschwiegenheit und Unbestechlichkeit;
 - c) Betrunketheit während der Dienstzeit;
 - d) Einstellung in der bürgerlichen Ehrenfähigkeit und gerichtliche Verurteilung wegen Verbrechen und Vergehen ausserhalb des Dienstes.»

Bedenklich sind meines Erachtens die folgenden Bestimmungen:

- Ziff. 1 lit. c, e und f; sie verstossen gegen den Grundsatz, dass der Arbeitgeber bei Schlechterfüllung der Vertragspflichten durch den Arbeitnehmer die Lohnzahlung nicht verweigern darf; denn «der Lohn ist im allgemeinen nicht von der Güte der Arbeitsleistung abhängig»³¹. Stossend ist vor allem, dass der Umfang der Lohnkürzungen nicht begrenzt ist; die maximale Höhe der Geldbusse (Fr. 50,- gemäss Ziff. 1 lit. b) wirkt daneben etwas sonderbar.
- Ziff. 1 lit. g. Ist mit «Versetzung ins provisorische Dienstverhältnis» eine Probezeit mit erleichterter Kündigungsmöglichkeit gemeint³², dann verstösst diese Bestimmung gegen Art. 334 OR³³.
- Ziff. 1 lit. h sowie die ganze Ziff. 2. Die Regelung der ausserordentlichen Kündigung steht nicht zur vertraglichen Disposition der Parteien³⁴. Es steht allein dem Richter zu, das Vorhandensein eines wichtigen Grundes zu bestimmen³⁵.

Diese AAB stammen offensichtlich aus vergangenen Zeiten³⁶, sind mit dem geltenden Recht unvereinbar und bedürften meines Erachtens einer Überarbeitung.

42.3. Betriebsschutzorganisation

«Der Mitarbeiter ist bei Eignung verpflichtet, in der Betriebsschutzorganisation mitzuwirken.»

- 31 REHBINDER, Arbeitsrecht, S. 52. Denkbar ist natürlich ein Schadenersatzanspruch, der mit dem Lohn zu verrechnen wäre. Selbstverständlich sind aber der Schaden, die Vertragsverletzung sowie deren Kausalzusammenhang vom Arbeitgeber im Einzelfall nachzuweisen.
- 32 Der Begriff des provisorischen Dienstverhältnisses ist in den zitierten AAB nirgends definiert oder erläutert.
- 33 Art. 334 OR lässt eine Probezeit nur zu Beginn des Arbeitsverhältnisses zu («der erste Monat» bzw. «Verlängerung» um 2 weitere Monate).
- 34 REHBINDER, Arbeitsrecht, S. 104; SCHWEINGRUBER, Kommentar Arbeitsvertrag, N. 6 zu Art. 337 OR; BRÜHWILER, N. 7 zu Art. 337 OR; VISCHER, S. 420.
- 35 Die Abs. 1 und 2 von Art. 337 sind absolut zwingend, «Abs. 3 richtet sich an den Richter» (STREIFF, Kommentar Arbeitsvertrag, N. 18 zu Art. 337 OR).
- 36 Sie wurden 1960 in Kraft gesetzt.

Diese Bestimmung ist meines Erachtens gleich wie viele andere organisatorische Regelungen³⁷ zu behandeln: Sie kann dem Arbeitgeber keine weitergehenden Befugnisse einräumen, als ihm aufgrund seines Weisungsrechts ohnehin zustehen; für eine Erweiterung des Weisungsrechts bedürfte die Klausel der bewussten Einbeziehung in den Vertrag. Folglich findet die Pflicht zur Mitwirkung in der Betriebschutzorganisation ihre Grenze an der Zumutbarkeit nach Treu und Glauben. Die AAB-Klausel – bloss globale Einbeziehung vorausgesetzt – hat rechtlich keine selbständige Bedeutung; sie ist rein deklaratorisch³⁸.

42.4. *Ärztliche Untersuchung*

Die Pflicht des Arbeitnehmers, sich einer vertrauensärztlichen Untersuchung zu unterziehen, wird für verschiedene Gelegenheiten vertraglich vereinbart. Am umfassendsten ist wohl die folgende Bestimmung:

«Der Arbeitnehmer ist verpflichtet, sich ärztlichen Untersuchungen zu unterziehen, die durch die Geschäftsleitung im Interesse der Gesunderhaltung des Personals angeordnet werden.»

Mangelndes Vertrauen kommt in der folgenden Klausel zum Ausdruck:

«In Fällen von längerer oder öfterer Erkrankung kann der Arbeitgeber die Untersuchung durch einen Vertrauensarzt verlangen.»

Fraglos haben solche Bestimmungen einen ausgeprägt freiheitsbeschränkenden Inhalt. Von ihnen muss der Arbeitgeber nach dem Vertrauensprinzip annehmen, sie seien nur dann vom Arbeitnehmer gewollt, wenn dies klar und deutlich zum Ausdruck kommt³⁹. Erforderlich ist somit die bewusste Zustimmung des Arbeitnehmers. Andernfalls fehlt es an der gültigen Einbeziehung in den Vertrag.

4.3. *Personelle Eingliederung*

43.1. *Meinungsäusserung («Agitation»)*

Der Arbeitnehmer hat die berechtigten Interessen des Arbeitgebers in guten Treuen zu wahren (Art. 321a OR). Auf der anderen Seite hat der Arbeitgeber gemäss Art. 328 Abs. 1 OR die Persönlichkeit des Arbeitnehmers zu

37 Vorn 41.6. (Bekleidungs Vorschriften), 41.7. (Namensplakette), 41.8. (Telefonbenützung).

38 Sie enthält die Absicht des Arbeitgebers, sein Weisungsrecht in einer bestimmten Richtung (Betriebsschutz) auszuüben. Zulässig wäre sicher der Einsatz bei Notfällen (Brandbekämpfung), wohl kaum aber im Ordnungsdienst (z.B. Durchsetzung einer Aussperrung).

39 S. vorn III. Teil 52.4. (Freiheitsbeschränkende Klauseln).

achten. Zu den geschützten Persönlichkeitsgütern gehört die Freiheit der persönlichen Meinungsäusserung⁴⁰.

Fehlt eine vertragliche Regelung, so ist mit SÖLLNER anzunehmen, dass politische Diskussionen den Arbeitnehmern im Betrieb nicht verboten sind, «denn eine völlige politische Sterilisierung der Betriebe ist unter keinem sachlichen Gesichtspunkt geboten»⁴¹. Die Meinungsfreiheit darf nicht stärker beschränkt werden als notwendig. Unzulässig ist politische Propaganda im Betrieb nach ZÖLLNER jedenfalls insoweit, als sie «den Betriebsfrieden und die Ordnung im Betrieb zu beeinträchtigen geeignet ist»⁴². Für das schweizerische Recht ggilt nach STAMM, dass «die Meinungsäusserung unter dem Gesichtspunkt der schonenden Rechtsausübung im Betrieb zu dulden» sei, «auch wenn sie politischer Natur ist»⁴³.

Zweifellos können nun die Vertragsparteien im Rahmen der Handlungsfreiheit⁴⁴ Regelungen gültig vereinbaren, die von dieser quasi subsidiär geltenden Interessenabwägung abweichen, z.B.:

«Politische Agitation, insbesondere das Verteilen von Flugblättern, ist auf dem Werkareal untersagt.»

Diese Klausel geht nun allerdings mit der Meinungsäusserungsfreiheit nicht sehr schonend um. Sie beschränkt die innerbetriebliche politische Betätigung des Arbeitnehmers stärker, als es im Sinne des Betriebsfriedens und der Ordnung im Betrieb *notwendig* wäre. Fasst man nämlich schon das Verteilen von Flugblättern, unabhängig von ihrem Inhalt, als politische Agitation auf, dann dürfte dieser Begriff recht weit verstanden sein.

Vom Grundsatz der schonenden Rechtsausübung als subsidiär geltendes Recht kann aber nicht anders als mit bewusster Zustimmung des Arbeitnehmers abgewichen werden. Die bloss globale Einbeziehung der erwähnten Klausel wäre daher unwirksam⁴⁵.

Als genügend schonend wäre aber wohl die folgende, wiederum in einem Reglement unter dem Titel «Agitation» stehende Klausel zu betrachten:

«Es ist den Angestellten untersagt, im Werkareal extreme politische oder gegen die Firma und deren Exponenten gerichtete Schriften zu verbreiten, die gegen Treu und Glauben verstossen.»

Hier ist die Agitation enger und fassbarer umschrieben. Gegen die Aufnahme in ein global einzubeziehendes Reglement spricht meines Erachtens nichts.

40 REHBINDER, Arbeitsrecht, S. 72.

41 SÖLLNER, Arbeitsrecht 5.A., Stuttgart 1976, S. 244.

42 ZÖLLNER, Arbeitsrecht, S. 107.

43 STAMM, S. 82. Schonend habe der Arbeitgeber vor allem Weisungen zu erlassen, «welche Persönlichkeitsgüter bzw. grundrechtlich geschützte Positionen des Arbeitnehmers zulässigerweise tangieren» (S. 81).

44 Gemäss Art. 27 ZGB.

45 Vorn III. Teil 54.26; 54.31.

43.2. *Bevorzugung männlicher Arbeitnehmer*

Die Diskriminierung nach Geschlechtern dürfte vor allem auf dem Gebiet der Effektivlöhne vorkommen⁴⁶. Diese werden aber typischerweise gerade nicht in AAB, sondern in bewusst vereinbarten Verträgen festgelegt. Meine AAB-Untersuchung förderte nur eine einzige diskriminierende Klausel zu Tage:

«Ledige männliche Angestellte erhalten bei Verheiratung eine ausserordentliche Gehaltserhöhung, die sich nach dem im Bankgewerbe üblichen Ansatz richtet.»

Mit D. MEYER ist anzunehmen, dass die Benachteiligung der weiblichen Arbeitnehmer bei allgemeinen Lohnerhöhungen grundsätzlich nicht gerechtfertigt ist⁴⁷. Zwar kann langfristig eine besondere Gestaltung der Frauenlöhne sachlich begründet sein⁴⁸. Dies gilt aber nicht für Lohnerhöhungen bei bestimmten Gelegenheiten. Hier sind Männer und Frauen grundsätzlich gleich «betroffen» und daher auch gleich zu behandeln. Eine Differenzierung muss hier als Verletzung der Pflicht des Persönlichkeitsschutzes (Art. 328 Abs. 1 OR) gelten, da sie für weibliche Arbeitnehmer kränkend ist. Sie ist sachfremd⁴⁹.

Allerdings ist denkbar, dass im Rahmen der Privatautonomie auch die Befugnis zu an sich sachfremden Differenzierungen gültig in einen Vertrag aufgenommen werden könnte⁵⁰. Voraussetzung dafür wäre aber einmal mehr eine bewusste Vereinbarung, globale Einbeziehung würde nicht genügen. Daran ändert sich auch dadurch nichts, dass der Anspruch selbst (nämlich die Heiratszulage) in den AAB ihre Grundlage hat. Anders als etwa bei Kürzungen von Gratifikationsansprüchen⁵¹ ist ja hier nicht ein allenfalls auch individuell, bewusst vereinbarter Anspruch in Frage gestellt; vielmehr ist ein Persönlichkeitsrecht beeinträchtigt. Bloss globale Einbeziehung kann hier in keinem Fall genügen.

46 Zur Gleichbehandlungspflicht s. D. MEYER, S. 262 ff., insbesondere 268 f.

47 Ebd. S. 283.

48 Ebd. Auch MEYER macht aber den Vorbehalt, dass dies durchaus nicht «richtig» sein müsse (ebd.). Die Ursachen seien darin zu sehen, dass «die Frauen durchschnittlich während ihres Lebens nur kürzere Zeit arbeiten»; infolge der daraus resultierenden Personalfuktuation und geringeren Amortisation von Ausbildungs- und Anlernkosten könne deshalb ein geringerer Lohn gerechtfertigt sein (ebd. S. 268).

49 Sachlich gerechtfertigt wäre allenfalls eine Differenzierung nach dem Zivilstand; damit würde der Arbeitgeber vom Leistungslohnprinzip zugunsten des Soziallohnprinzips abweichen (MEYER, S. 283).

50 Meines Erachtens verstösst die als Beispiel erwähnte Klausel allerdings nicht gegen Art. 27 Abs. 2 ZGB; der Arbeitnehmer beschränkt sich im Gebrauch seiner Freiheit nicht «in einem das Recht oder die Sittlichkeit verletzenden Grade», wenn er sie mit dem Arbeitgeber vereinbart.

51 Vorn 21.2.

43.3. *Geldsammlungen für Mitarbeiter*

«Geldsammlungen für Mitarbeiter bedürfen der vorherigen Genehmigung der Geschäftsleitung oder des Personalchefs.»

Mit der Aufnahme einer solchen Bestimmung in die AAB beweist der Arbeitgeber wenig Wertschätzung für seine Mitarbeiter. Er ignoriert damit, dass die Menschen «innerhalb der Unternehmung von sich aus *Kollektive* bilden, durch die sie in ihrem Verhalten beeinflusst werden. Sie treten in der Unternehmung nicht nur als Individuen, sondern gleichzeitig auch als soziale Wesen auf»⁵². In diesen Beziehungen besteht ein Bereich, der den Weisungen des Arbeitgebers nicht zugänglich ist⁵³. Meines Erachtens gehören Geldsammlungen für Mitarbeiter dazu. Entsprechende Einschränkungen können nur durch bewusste Erklärung vereinbart werden.

43.4. *Rauchverbot*

Selbstverständlich gestattet es das Weisungsrecht gemäss Art. 321d OR, aus Sicherheitsgründen⁵⁴ ein Rauchverbot zu erlassen. Im weiteren muss das Rauchverbot aus hygienischen Gründen gerechtfertigt sein, etwa in Betrieben der Nahrungsmittelindustrie. Folgende Regelung in den AAB einer Schokoladenfabrik ist deshalb ohne weiteres zulässig:

«Das Rauchverbot gilt für alle Produktions- und Lagerräume und für Räume, die mit einem Spezialrauchverbot belegt sind.»

Darüber hinaus ist nun aber auch ein Rauchverbot im Interesse der Gesundheit der (nicht rauchenden) Mitarbeiter in Betracht zu ziehen. Gemäss Art. 328 Abs. 1 OR hat der Arbeitgeber nämlich auf die Gesundheit des Arbeitnehmers gebührend Rücksicht zu nehmen. Er muss dem Arbeitnehmer auf dessen Wunsch somit einen rauchfreien Arbeitsplatz ermöglichen⁵⁵; ebenso

52 H. ULRICH, *Unternehmung*, S. 247.

53 Dies folgt aus Art. 328 Abs. 1 OR.

54 Z.B. bei Brand- oder Explosionsgefahr.

55 Die gesundheitsschädigende Wirkung des Rauches dürfte heute nicht mehr ernsthaft bestritten werden: «Würde eine Maschine am Arbeitsplatz so viele krebserzeugende Stoffe in Innenräumen freisetzen, wie die zahllosen 'offenen Feuerstellen' der Raucher in Form brennender Zigaretten, würde sie ohne Zweifel sofort stillgelegt. (...) Tabakrauch ist nach den Erkenntnissen der Wissenschaft absolut gesundheitsschädlich und vom Arbeitsplatz fernzuhalten.» (F. SCHMIDT, *Rauchen am Arbeitsplatz*, in: RdA 1977, S. 159–161 (161).

A. M. noch MUMMENHOFF, *Rauchen am Arbeitsplatz*, in: RdA 1976, S. 364–374 (370); seine Ansicht stiess aber überwiegend auf Ablehnung, s. insbesondere D. FUCHS, *Das betriebliche Rauchverbot*, in: BB 1977, S. 299–302 sowie WISCHNATH, *Nichtraucher-schutz am Arbeitsplatz*, in: DB 1977, S. 365–366; umfassend jetzt LÖWISCH, *Der Erlass von Rauchverboten zum Schutz vor Passivrauchen am Arbeitsplatz*, in: DB 1979, Beilage 1/79 (H. 8), S. 1–16.

muss die Arbeitspause rauchfrei verbracht werden können. Die notwendigen Rauchverbote können aber zweifellos gestützt auf das Weisungsrecht des Arbeitgebers erlassen werden. Die Aufnahme in AAB wäre insofern von Bedeutung, als damit der Anspruch des Arbeitnehmers auf rauchfreie Luft vertraglich abgesichert, somit erleichtert durchzusetzen wäre; eine empfehlenswerte Lösung.

5. Ausserbetriebliches Verhalten

5.1. *Allgemeines: Schranken des Weisungsrechts*

Auszugehen ist vom Grundsatz der Freiheit des Arbeitnehmers in seinem ausserdienstlichen Verhalten. Nur in Ausnahmefällen sind Weisungen darüber zulässig, nämlich dann, wenn durch das ausserbetriebliche Verhalten das Arbeitsverhältnis konkret beeinträchtigt wird¹. Über das Weisungsrecht hinaus sind vertragliche Regelungen zulässig bis an die Grenze der Vertragsfreiheit (Art. 20 OR, 27 ZGB). Grundsätzlich ist dafür aber eine bewusste Vereinbarung beider Parteien notwendig.

5.2. *Einzelne Klauseln*

52.1. *Nebenbeschäftigung*

Fehlt eine vertragliche Regelung, dann bestimmt sich die Zulässigkeit von Nebenbeschäftigungen nach der Treupflicht (Art. 321a OR). Unzulässig sind insbesondere Nebenbeschäftigungen, durch welche der Arbeitnehmer in seiner Leistungsfähigkeit herabgesetzt wird «und deshalb ausserstande ist, seine Arbeitspflicht voll zu erfüllen»²; aber auch solche, durch die der Arbeitgeber konkurrenziert wird³. Für die *entgeltliche* Nebenbeschäftigung ist dies im Gesetz ausdrücklich festgelegt⁴.

Unbestritten ist die Zulässigkeit von Abreden, welche diese gesetzliche Regelung erweitern⁵, Nebentätigkeiten also zusätzlich einschränken. In AAB dürften Nebentätigkeitsklauseln die meist verbreitetsten Bestimmungen über

1 REHBINDER, Arbeitsrecht, S. 50.

2 Ebd. S. 47 f.; gl. M. STREIFF, N. 6 zu Art. 321a OR.

3 Ebd. Ausnahmsweise besteht eine erweiterte Treupflicht, z.B. bei Tendenzunternehmen (REHBINDER, Arbeitsrecht, S. 50).

4 Art. 321a Abs. 3 OR. Eine Verletzung der Treupflicht ist aber nicht nur bei entgeltlicher Nebenbeschäftigung denkbar, Botschaft Arbeitsvertrag, S. 61; BRÜHWILER, N. 5 zu Art. 321a OR.

ausserdienstliches Verhalten darstellen⁶. Unbedenklich sind solche, die das Gesetz präzisieren, nicht aber zu Lasten des Arbeitnehmers abändern, wie z.B.: «Nebenbeschäftigungen sind zulässig, soweit dadurch die Arbeitsleistung nicht beeinträchtigt und der Arbeitgeber nicht konkurrenziert wird». Allerdings treten Klauseln mit diesem Inhalt offensichtlich kaum auf⁷. Vielmehr scheinen die Arbeitgeber hier kaum Kompromissbereitschaft zu zeigen. Besonders deutlich kommt dies etwa in folgender Klausel zum Ausdruck:

«Während der Dauer dieses Arbeitsverhältnisses darf der Arbeitnehmer ohne schriftliche Zustimmung der Arbeitgeberin keine konkurrierende oder andersartige Tätigkeit ausüben.»

Gemeint ist wohl keine andersartige *Berufstätigkeit*, sonst müssten die Arbeitnehmer ihre Freizeit gänzlich untätig verbringen bzw. die Gestaltung ihres Privatlebens vom Arbeitgeber genehmigen lassen. Aber auch so aufgefasst ist diese Klausel nicht unbedenklich. Mit Arbeiten für den Eigengebrauch verletzt der Arbeitnehmer die Treuepflicht grundsätzlich nicht, soweit seine Arbeitskraft dadurch nicht beeinträchtigt wird⁸. Das vertragliche Zustimmungserfordernis des Arbeitgebers verschlechtert den gemäss dispositivem Recht bestehenden Interessenausgleich zu Ungunsten des Arbeitnehmers; dazu ist aber eine bewusste Erklärung des Arbeitnehmers beim Vertragsabschluss erforderlich.

Das typische an dieser Klausel ist das Zustimmungserfordernis des Arbeitgebers⁹. Meist wird dieses nur für entgeltliche Nebenbeschäftigungen vorgesehen. Trotzdem ist es stossend. Der Arbeitgeber greift damit erheblich in die Freizeitgestaltung des Arbeitnehmers ein, ist doch anzunehmen, dass auch erholsame Hobbies nebenbei lukrativ sein können.

Generell sind Zustimmungserfordernisse des Arbeitgebers für ausserbetriebliche Tätigkeiten meines Erachtens mit Art. 328 OR nur unter gewissen Voraussetzungen vereinbar. So wären die Gründe ausdrücklich zu nennen, bei deren Vorliegen die Zustimmung erfolgen muss bzw. verweigert werden darf. Das gleiche Resultat liesse sich allerdings damit erreichen, dass die Grenzen der erlaubten Nebenbeschäftigungen ausdrücklich in den Vertrag aufgenommen und damit dem Ermessen des Arbeitgebers entzogen würden. Wird hingegen am

- 6 Von 85 untersuchten AAB enthielten deren 34 eine Klausel über die Nebentätigkeit.
- 7 Der Verfasser konnte in seiner Erhebung nicht eine einzige ausfindig machen, er musste sie selbst formulieren.
- 8 «In der Regel wird die Bekleidung einer nebenamtlichen Hauswartstelle oder die Besorgung von Schreibarbeiten in geringerem Ausmass mit der Treuepflicht im Einklang stehen». (STREIFF, Kommentar Arbeitsvertrag, N. 7 zu Art. 321a OR).
- 9 Von den 34 festgestellten Nebentätigkeitsklauseln enthielten deren 26 einen solchen Vorbehalt.

Zustimmungserfordernis festgehalten, dann ist diese Befugnis nicht nur ohne Willkür, sondern nach *Billigkeit* auszuüben¹⁰.

Einer bewussten Einbeziehung in den Vertrag bedürfen meines Erachtens die folgenden, von der Zustimmung des Arbeitgebers nicht abhängig gemachten Vorschriften:

«Unvereinbar mit der Anstellung sind Tätigkeiten, die das Leben oder die Gesundheit des Angestellten ernsthaft gefährden. (...)»

Das Führen einer Wirtschaft und der Verkauf von alkoholischen Getränken durch den Angestellten oder eines in der Familie wohnenden Familiengliedes ist verboten.»

Zwar dürften sich diese Bestimmungen innerhalb der durch den Persönlichkeitsschutz (Art. 27 Abs. 2 ZGB) gezogenen Schranken befinden. Allein aufgrund des Weisungsrechts wären sie aber niemals zulässig. Es bedarf somit einer bewussten Erklärung des Arbeitnehmers für ihre gültige Einbeziehung in den Vertrag.

52.2. *Lohnabtretung und -verpfändung*

Art. 325 OR beschränkt die Abtretbarkeit und Verpfändbarkeit zukünftiger Lohnforderungen. Geschützt wird der nicht pfändbare Lohn, somit das Existenzminimum gemäss Art. 93 SchKG. Obwohl diese Norm zwingend ist, können die Vertragsparteien nach h.L. die Abtretung und Verpfändung in weitergehendem Umfang oder vollständig ausschliessen¹¹. Mit STREIFF ist anzunehmen, dass mit einem vollständigen Verbot in der Regel bezweckt werden dürfte, dem Arbeitgeber die aus der Abtretung oder Verpfändung entstehenden Umtriebe zu ersparen; mit einem Verbot der Unterschreitung des Existenzminimums¹² dagegen soll offensichtlich verhindert werden, dass der Arbeitnehmer in eine finanzielle Notlage gerät¹³.

Vertragliche Abtretungsverbote sind in AAB keine Seltenheit¹⁴. Fast durchwegs ist das Abtretungsverbot umfassend formuliert, z.B.:

10 Von vertraglich eingeräumtem Ermessen ist nach Recht und Billigkeit Gebrauch zu machen; s. dazu das Urteil des Obergerichts Zürich vom 24. Juni 1960 (ZR 1961, Nr. 130, S. 333), wonach vertraglich eingeräumte Gestaltungsbefugnisse pflichtgemäss und nach richtigem Ermessen auszuüben sind; s. auch vorn III. Teil 54.24.

11 VISCHER, S. 379; SCHWEINGRUBER, Kommentar Arbeitsvertrag, N. 8 zu Art. 325 OR; REHBINDER, Arbeitsrecht, S. 70; s. auch Botschaft Arbeitsvertrag, S. 97.

12 Ein solches vertragliches Verbot ist nicht bloss eine Bestätigung von Art. 325 OR; diese Norm betrifft nämlich nur künftige Forderungen, während die Abtretung fälliger Lohnansprüche nach h.L. ohne Einschränkung möglich ist (VISCHER, S. 379, mit weiteren Nachweisen).

13 STREIFF, Kommentar Arbeitsvertrag, N. 6 zu Art. 325 OR.

14 WALDER nimmt an, «solche Abtretungsverbote dürften nicht mehr allzu häufig anzutreffen sein» (H. U. WALDER, Lohnabtretung und Zwangsvollstreckung, Zürich 1975, S. 34). In meiner Untersuchung kamen immerhin 13 Fälle vor, das entspricht 15% der untersuchten AAB.

«Lohnabtretungen und -verpfändungen sind ausgeschlossen und werden von der Firma nicht anerkannt.»

Solche Bestimmungen stellen eine erhebliche Beschränkung der Handlungsfreiheit des Arbeitnehmers dar. Wohl sind sie mit Art. 325 OR und mit Art. 27 ZGB vereinbar. Dennoch ist meines Erachtens eine bewusste Zustimmung des Arbeitnehmers erforderlich¹⁵.

Gelegentlich behält sich der Arbeitgeber die Zustimmung im Einzelfall vor, z.B.:

«Dem Mitarbeiter ist es ohne Einverständnis der Firma untersagt, das Arbeitsentgelt oder anderweitige Ansprüche gegenüber der Firma und Vorsorgeeinrichtungen bzw. Teile hievon an Dritte abzutreten.»

Zweifellos darf der Arbeitgeber das damit eingeräumte Ermessen nicht unbillig oder gar willkürlich ausüben. Er hat die Interessen des Arbeitnehmers jedenfalls angemessen zu berücksichtigen. Dies kann aber nicht nur für AAB, sondern muss auch für bewusst vereinbarte Einzelverträge gelten¹⁶.

Ohne rechtliche Bedeutung ist meines Erachtens die folgende Klausel:

«Erfolgt die Lohnabtretung ohne Zustimmung der Firma, so ist diese berechtigt, das Arbeitsverhältnis aufzulösen.»

Die Voraussetzungen für die fristlose Auflösung des Arbeitsverhältnisses stehen nämlich nicht zur vertraglichen Disposition der Parteien¹⁷, und die ordentliche Kündigung bedarf nach schweizerischem Recht in der Regel keiner Begründung¹⁸.

52.3. Bürgschaften

Ein weiteres Feld für Zustimmungsvorbehalte des Arbeitgebers sind Bürgschaftsverpflichtungen des Arbeitnehmers¹⁹. So lauten AAB-Klauseln z.B.:

«Die Eingehung von privaten Bürgschaften (...) ist nur unter ausdrücklicher Einwilligung der Direktion gestattet.»

Ausser Zweifel steht hier die freiheitsbeschränkende Wirkung²⁰. Der Arbeitgeber muss nach der aus dem Vertrauensprinzip abgeleiteten Ungewöhn-

15 Anders BRÜHWILER; die Aufnahme in ein «Firmenreglement» genüge (N. 4 zu Art. 325 OR).

16 Vertraglich eingeräumtes Ermessen ist nach Billigkeit auszuüben; s. vorn FN. 9. S. vorn 42.2., FN 34.

18 REHBINDER, Arbeitsrecht, S. 101; SCHWEINGRUBER, Kommentar Arbeitsvertrag, N. 3h zu Art. 336 OR.

19 Solche Klauseln sind allerdings selten; in der Untersuchung des Verfassers waren nur 2 Fälle zu finden.

20 Es dürfte der Punkt erreicht sein, bei welchem die Fürsorge für den Arbeitnehmer in private Bevormundung umschlägt.

lichkeitsregel von einer solchen Bestimmung annehmen, sie sei nur dann vom Arbeitnehmer gewollt, wenn dieser ihr bewusst zugestimmt hat. Ist dies nicht der Fall, dann erlangt die Klausel keine Geltung; womit sich auch die Frage des Rechtsmissbrauchs erübrigt. Liegt hingegen eine bewusste Erklärung des Arbeitnehmers vor, dann ist das damit vertraglich eingeräumte Ermessen durch den Arbeitgeber pflichtgemäss auszuüben, d.h. nach Recht und Billigkeit. Der Arbeitgeber muss somit die Interessen des Arbeitnehmers angemessen berücksichtigen.

52.4. Wohnsitz

«Wenn es die Bedürfnisse der Firma erfordern, kann die Geschäftsleitung den Angestellten den Wohnsitz vorschreiben.»

Solche Bedürfnisse des Arbeitgebers sind durchaus denkbar, etwa bei der Notwendigkeit eines Pikettdienstes. Wiederum muss aber nach der Ungewöhnlichkeitsregel angenommen werden, eine derart freiheitsbeschränkende, in der Regel auch geschäftsfremde²¹ Bestimmung bedürfe der bewussten Zustimmung des Arbeitnehmers. Im öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis kann die Berechtigung solcher Klauseln fiskalisch begründet werden²². Für das privatrechtliche Arbeitsverhältnis dagegen fallen diese Gründe ausser Betracht.

52.5. Stellenwechsel

Eher selten werden offenbar Klauseln mit folgendem Inhalt verwendet²³:

«Der Mitarbeiter verpflichtet sich, falls ihm von anderer Seite Anstellungsofferten gemacht werden, gleichgültig, ob er sich dort gemeldet hat oder direkt angegangen worden ist, die Firma hievon in Kenntnis zu setzen, bevor er irgendein Engagement eingeht.»

Es dürfte sich dabei um Blüten der Hochkonjunktur handeln. Die freiheitsbeschränkende Wirkung ist generell nicht ohne weiteres zu bestimmen. Immerhin wird die Handlungsfreiheit des Arbeitnehmers durch eine blosser Mitteilungspflicht nicht direkt beeinträchtigt. Wegen Ungewöhnlichkeit ist somit für die Klausel keine qualifizierte Form der Einbeziehung in den Vertrag erforderlich. Ebenso ist meines Erachtens ein Rechtsmissbrauch generell nicht anzunehmen²⁴.

21 Geschäftsfremd ist die Klausel jedenfalls dann, wenn bei der vereinbarten Funktion des Arbeitnehmers ein Pikettdienst o.ä. sachfremd ist (z.B. bei Buchhalten).

22 Gemäss § 11 Abs. 1 des kantonal-zürcherischen Angestelltenreglements (Reglement über die Dienstverhältnisse der Verwaltungs- und Betriebsangestellten vom 21. Feb. 1973) haben die Angestellten «ihren Wohnsitz grundsätzlich innerhalb des Gebietes des Kantons Zürich zu wählen.»

23 Die durchgeführte Untersuchung ergab drei Fälle.

24 Denkbar ist allerdings eine vorzeitige Kündigung durch den Arbeitgeber als Reaktion auf den beabsichtigten Stellenwechsel des Arbeitnehmers. In diesem Fall wäre meines Erachtens die Kündigung des Arbeitgebers, nicht aber die AAB-Klausel rechtsmissbräuchlich.

52.6. Öffentliches Amt

Die heikelsten Klauseln über ausserbetriebliches Verhalten sind solche über die Bekleidung öffentlicher Ämter. Sie dürften recht weit verbreitet sein²⁵. Inhaltsmässig sind deutlich drei Gruppen erkennbar. Am restriktivsten sind Klauseln folgender Art²⁶:

«Vor Antritt eines öffentlichen Amtes ist die Bewilligung der Direktion einzuholen.»

Noch mehr als bei beruflichen Nebenbeschäftigungen muss hier die Freizeitgestaltung des Arbeitnehmers unangetastet bleiben, soweit die Ausübung des öffentlichen Amtes die Erfüllung der Arbeitspflicht nicht beeinträchtigt²⁷. In diesem Umfang sind solche Klauseln aufgrund der Ungewöhnlichkeitsregel unbeachtlich, ist doch die freiheitsbeschränkende Wirkung so stark, dass nach dem Vertrauensprinzip die Zustimmung des Arbeitnehmers nur bei bewusster Erklärung anzunehmen ist.

Für die zweite Gruppe ist folgender Wortlaut charakteristisch²⁸:

«Vor der Übernahme von Ämtern und Mandaten muss das Einverständnis der Firma eingeholt werden, sofern dadurch die Arbeitszeit im Betrieb beeinträchtigt wird.»

Hier liegt nun keine Einmischung in die Freizeitgestaltung des Arbeitnehmers vor. Vielmehr ist das Interesse des Arbeitgebers anzuerkennen, rechtzeitig über Fehlzeiten des Arbeitnehmers Kenntnis zu erhalten, damit Störungen im Arbeitsablauf vermieden werden können. Diesem Erfordernis würde aber auch eine rechtzeitige Mitteilung des Arbeitnehmers genügen, es bedürfte an sich keiner Zustimmung des Arbeitgebers. Mit einer solchen wird in der Regel wohl auch ein anderer Zweck verfolgt: Der Arbeitgeber will sich vorbehalten, den Umfang des Leistungsaustausches gegebenenfalls durch Änderungsvertrag neuen Verhältnissen anzupassen.

Dabei ist aber zu bedenken, dass diese Frage des Leistungsaustausches gesetzlich geregelt ist. Gemäss Art. 324a OR besteht grundsätzlich Lohnzahlungspflicht im Umfang von mindestens drei Wochen im Jahr²⁹. Daran könnte der Umstand nichts ändern, «dass der Arbeitgeber sich der Wahl des Arbeitnehmers widersetzt hat»³⁰.

Wird die Ausübung des Amtes hingegen entschädigt, dann empfiehlt sich nach h.L. eine vertragliche Abrede über die Reduktion der Lohnzahlung im

25 Von 85 AAB-Ordnungen enthielten deren 22 eine solche Regelung.

26 Sie waren in 5 AAB-Ordnungen zu finden.

27 Zu berücksichtigen ist nämlich das Interesse der Öffentlichkeit an fähigen Behördenmitgliedern auf allen Stufen des Staatswesens. Gefährdet ist die Ausübung verfassungsmässiger Rechte (passives Wahlrecht).

28 Zwei Drittel der Bestimmungen über das Ausüben öffentlicher Ämter dürften einen solchen Inhalt aufweisen.

29 SCHWEINGRUBER, Kommentar Arbeitsvertrag, N. 3 zu Art. 324a OR. Zur Konkurrenz mit anderen Verhinderungsgründen s. vorn 21.3.

30 BRÜHWILER, N. 6 zu Art. 324a OR.

Umfang dieser Entschädigungen³¹. Dementsprechend würde der Lohnfortzahlungsanspruch geschont für weitere Verhinderungsgründe desselben Titels (Art. 324a OR; s. vorn 21.3.)³². Denkbar sind aber auch andere Abreden über die Lohnregelung, wie z.B. die folgende, die für die dritte Gruppe der in der Vertragswirklichkeit anzutreffenden Klauseln charakteristisch ist³³:

«Die Bekleidung öffentlicher Ämter ist gestattet. Die Geschäftsleitung soll jedoch vorgängig darüber orientiert werden. Bei Ausübung solcher Funktionen während der Arbeitszeit findet in der Regel kein Lohnabzug statt, sofern dadurch dem Unternehmen keine Mehrkosten erwachsen (z.B. fremde Stellvertretung).»

Eine solche Bestimmung ist nicht zu beanstanden, und zwar auch dann nicht, wenn sie nur global in den Vertrag einbezogen wird.

6. Beendigung des Arbeitsverhältnisses und Anspruchsdurchsetzung

6.1. Beendigung des Arbeitsverhältnisses

61.1. Probezeit

Die dispositiven Gesetzesnormen über die Probezeit¹ werden häufig durch AAB-Bestimmungen abgeändert². Statt der Dauer von einem Monat wird meist eine solche von zwei oder drei Monaten festgelegt; eine längere Dauer hingegen verbietet die einseitig zwingende Bestimmung von Art. 334 Abs. 2 OR³.

Da auch der Arbeitnehmer an einer längeren Probezeit interessiert sein kann⁴, ist die generelle Vermutung nicht zulässig, dass jede Abweichung vom dispositiven Recht die Rechtsstellung des Arbeitnehmers zu beeinträchtigen geeignet ist. Art. 334 OR enthält somit einen geringen Gerechtigkeitswert im Sinne BUCHER's⁵, d.h. das Element inhaltlicher Gerechtigkeit tritt bei dieser Norm zurück zugunsten des wertneutralen, ordnenden Elements⁶. Somit ist

- 31 SCHWEINGRUBER, Kommentar Arbeitsvertrag, N. 3 zu Art. 324a OR; BRÜHWILER, N. 6 zu Art. 324a OR.
- 32 SCHWEINGRUBER, ebd.
- 33 Allerdings sind solche Abreden (noch?) selten. Der Verfasser fand in seiner Untersuchung deren drei.
- 1 Art. 334 Abs. 1 und 3 OR.
- 2 Von 85 untersuchten AAB-Ordnungen enthielten 35 eine Bestimmung über die Probezeit, wovon 31 eine Abweichung vom dispositiven Recht vorsahen.
- 3 «Die Probezeit kann durch Abrede, Normalarbeitsvertrag oder Gesamtarbeitsvertrag auf höchstens drei Monate verlängert werden.»
- 4 Auch er will möglicherweise die Gelegenheit nutzen, den Arbeitsplatz näher kennenzulernen, bevor er sich endgültig engagiert; s. auch vorn 11.2.
- 5 BUCHER, Ausschluss, S. 257.
- 6 Solche ordnende Normen statuiert der Gesetzgeber, weil er von ihnen vermutet, dass sie am ehesten den Anschauungen der beteiligten Kreise entsprechen (BUCHER, Ausschluss, S. 256; im einzelnen s. vorn II. Teil, 12.53.).

gegen eine Verkürzung oder Verlängerung der Probezeit innerhalb der Schranken von Art. 334 Abs. 2 OR⁷ durch eine AAB-Regelung grundsätzlich nichts einzuwenden⁸.

Eine sonderbare Bestimmung enthält das Formular «Arbeitsvertrag» des Verbandes Zürcher Handelsfirmen (VZH):

«Scheidet der (die) Arbeitnehmer(in) während der Probezeit aus dem Anstellungsverhältnis aus, wird kein Pro-rata-Anteil vom 13. Lohn oder von einer anderen ähnlichen Leistung, auch wenn sie als solche vertraglich zugestanden wurde, geschuldet.»

Zweifellos wäre eine solche Bestimmung bei bloss globaler Einbeziehung in den Vertrag unwirksam, da sie vertraglich zugesicherte Leistungen (wörtlich!) beeinträchtigt⁹. Die im VZH-Formular enthaltene Klausel steht nun aber in einem Formular direkt oberhalb der Unterschriften der Vertragsparteien. Eine Vollerklärung wird somit in der Regel ohne weiteres nachzuweisen sein. Für solche ist die Vertragsfreiheit aber im wesentlichen nur durch Art. 20 OR in Verbindung mit Art. 27 ZGB beschränkt. Damit dürfte die VZH-Klausel indessen zu vereinbaren sein. Zu bedenken wäre allenfalls, ob gesetzliche Vorschriften über die Kündigung verletzt sein könnten¹⁰. Endgültige Abhilfe gegen solche Klauseln könnte meines Erachtens aber nur eine auf dem Gesetzgebungsweg einzuführende Billigkeitskontrolle durch den Richter schaffen.

61.2. *Kündigungsfrist*

Gleich wie die gesetzlichen Vorschriften über die Probezeit weisen diejenigen über die Kündigungsfrist einen geringen Gerechtigkeitswert auf; das ordnende Element steht im Vordergrund¹¹. Abweichungen vom dispositiven Recht sind somit grundsätzlich nicht bedenklich.

Solche Abweichungen sind recht häufig¹². Zu etwa einem Drittel verlängern sie die Kündigungsfrist, währenddem rund zwei Drittel der Klauseln eine kürzere Frist vorsehen. Nicht immer wird dabei die gemäss Art. 336b Abs. 2 OR bestehende zwingende Mindestfrist im überjährigen Arbeitsverhältnis beachtet. So werden bisweilen 14-tägige Kündigungsfristen auch für überjährige Arbeitsverhältnisse vorgesehen. Der Grund dürfte darin liegen, dass das Gesetz

7 Nicht diskutabel ist die folgende, in den bereits mehrfach zitierten AAB einer Privatbahn enthaltene Bestimmung: «Der Anstellung kann eine Probezeit von höchstens einem Jahr vorausgehen.»

8 Zur Begründung s. vorn II. Teil, 12.53, FN 126.

9 Zur Begründung vorn III. Teil 54.26.

10 Insbesondere Art. 336 OR; s. zu dieser Problematik auch hinten 61.4. (Rückzahlungsklausel).

11 Vor Benachteiligungen des Arbeitnehmers schützt insbesondere Art. 336 Abs. 2 OR, wonach für Arbeitgeber und Arbeitnehmer keine verschiedenen Kündigungsfristen festgesetzt werden dürfen.

12 Von 85 untersuchten AAB enthielten deren 36 eine solche Bestimmung.

vor dem 1. Januar 1972 für Arbeiter eine solche Regelung zulässig¹³. Dies ändert natürlich nichts an der Rechtswidrigkeit solcher Klauseln.

Verstösse gegen zwingendes Recht sind bei AAB nun aber besonders bedauerlich. Denn Gedrucktes erweckt in gewissem Mass den Anschein des Richtigen, möglicherweise sogar des Gerechten, jedenfalls aber des Rechtmässigen¹⁴. In gesetzesähnlicher Form Gedrucktes dürfte bei Rechtsunkundigen weit weniger Argwohn hervorrufen als bloss mündlich Vereinbartes oder in Briefform Festgelegtes. Damit besteht die Gefahr, dass sich der private Gesetzgeber in unheilvoller Weise faktisch gegen den staatlichen Gesetzgeber durchsetzt.

61.3. *Fristlose Entlassung*

Wie im Zusammenhang mit der Beurteilung von Disziplinarordnungen (vorn 42.2.) erwähnt, entziehen sich die Gründe für eine fristlose Auflösung des Arbeitsverhältnisses der vertraglichen Regelungsbefugnis der Parteien. An solche Abreden ist der Richter nicht gebunden; er darf sie nur dann gelten lassen, wenn sie seinem Ermessen entsprechen¹⁵, womit sie praktisch bedeutungslos sind. In der Lehre wird folglich davon abgeraten, solche Bestimmungen in die Arbeitsverträge aufzunehmen¹⁶.

Leicht könnten solche Klauseln die Form von Drohungen annehmen; angesichts ihrer rechtlichen Bedeutungslosigkeit wirken sie aber eher peinlich:

«Schwere Pflichtvernachlässigung, Ungehorsam gegenüber Vorgesetzten, Missbrauch der Stellung, ungebührliches Benehmen usw. berechtigen die Firma zur sofortigen Entlassung (Art. 337 OR). Weitere Massnahmen bleiben vorbehalten.»

Selbstverständliches (Missbrauch der Stellung) ist hier mit Unbestimmtem (ungehörliches Benehmen usw.) in unangenehmer Weise vermischt. Nicht jeder eignet sich als Gesetzgeber.

61.4. *Rückzahlungsklauseln*

Die Problematik von Rückzahlungsklauseln stellt sich bei freiwilligen Leistungen des Arbeitgebers¹⁷. Gleich wie Auszahlungsvorbehalte¹⁸ beschrän-

- 13 Gemäss Art. 348 Abs. 2 alt OR durfte die Kündigungsfrist bei Angestellten nicht unter einem Monat «und bei allen anderen Dienstverhältnissen nicht unter zwei Wochen angesetzt werden.»
- 14 S. dazu II. Teil, 12.31.3.
- 15 BRÜHWILER, N. 7 zu Art. 337 OR; SCHWEINGRUBER, Kommentar Arbeitsvertrag, N. 7 zu Art. 337 OR.
- 16 SCHWEINGRUBER, ebd.; BRÜHWILER, ebd.
- 17 Nach BUSSMANN finden sich solche Klauseln in der Schweiz vor allem bei Aus- und Fortbildungsbeiträgen (BUSSMANN, Rückzahlungsklauseln bei freiwilligen Leistungen des Arbeitgebers, Diss. Zürich 1977, S. 23).
- 18 Z.B. der während der Probezeit bedingte Anspruch auf Sonderleistungen, vorn 61.1.

ken sie die Kündigungsfreiheit des Arbeitnehmers. Dieser wird nämlich verpflichtet, eine empfangene Leistung zurückzuzahlen, wenn er vor einem bestimmten Termin den Betrieb verlässt¹⁹. In Übereinstimmung mit der deutschen Lehre und Rechtsprechung²⁰ unterscheidet BUSSMANN zwischen freiwilligen Leistungen mit bleibendem Vorteil für den Arbeitnehmer und solchen mit bloss kurzfristigem Vorteil; bei den letzteren seien Rückzahlungsklauseln stärkeren Beschränkungen zu unterwerfen²¹. In zeitlicher Hinsicht etwa müsse für die Bindung des Arbeitnehmers durch Rückzahlungsklauseln die auch für Konkurrenzverbotsabreden geltende Beschränkung auf höchstens drei Jahre gelten²². Als Rechtsgrundlage für diese Beschränkung hat nach BUSSMANN das «allgemeine Prinzip der schweizerischen Rechtsordnung, nach dem sich die freie Vertragsgestaltung im Rahmen der Billigkeit halten muss», zu dienen²³. Meines Erachtens ist nun aber zu beachten, dass vertraglich vereinbarte Rückzahlungsklauseln durchaus nicht in jedem Fall dem Arbeitgeber einen Ermessensspielraum – der allerdings nach billigem Ermessen auszuüben wäre – einräumen. So heisst es z.B. ganz klar:

«Angestellte, die durch die Firma in Weiterbildungskurse delegiert werden, verpflichten sich, bei allfälligem Weggang innert einem Jahr der Firma die Kurskosten zurückzubezahlen.»

Als Rechtsgrundlage für eine richterliche Überprüfung solcher Klauseln wären meines Erachtens allenfalls die gesetzlichen Bestimmungen über die Kündigung heranzuziehen²⁴. Dies ist aber nur so weit nötig, als eine echte, d.h. bewusst vereinbarte Abrede vorliegt. Wird die Klausel hingegen, wie es beim erwähnten Beispiel einer Rückzahlungsklausel der Fall war, als AAB-Bestimmung nur global in den Vertrag einbezogen, dann erlangt sie nach dem Vertrauensprinzip keine Geltung. Denn sie hat zweifellos einen freiheitsbeschränkenden Inhalt²⁵. Dies muss meines Erachtens für alle Arten von Rückzahlungsklauseln gelten, also auch für solche, die – wie das angeführte Beispiel – dem Arbeitnehmer einen langfristigen, mehr oder weniger bedeuten-

- 19 REHBINDER, *Arbeitsrecht*, S. 61; BUSSMANN, S. 23.
- 20 ZÖLLNER, *Arbeitsrecht*, S. 67 (m. Hinweisen); BAG AP Nr. 25 und 26 zu Art. 12 GG, BAG AP Nr. 60, 62, 63, 70 zu § 611 BGB Gratifikation.
- 21 BUSSMANN, S. 150.
- 22 Ebd.; s. auch REHBINDER, *Arbeitsrecht*, S. 61. Eine analoge Anwendung von Art. 163 Abs. 3 OR (Herabsetzung übermässig hoher Konventionalstrafen durch den Richter) lehnt BUSSMANN allerdings ab (ebd. S. 108, 126).
- 23 Ebd., S. 127.
- 24 Im besonderen Art. 336 Abs. 2 OR, der für Arbeitgeber und Arbeitnehmer gleich lange Kündigungsfristen zwingend vorschreibt. Zwar ändert eine Rückzahlungsklausel formell nichts an der Parität der Kündigungsfristen. Eine wesentlich erschwerte Kündigung einer Partei kann aber faktisch auf ungleiche Kündigungsfristen hinauslaufen (BUSSMANN, S. 46). Trotzdem erachtet BUSSMANN den Tatbestand der Gesetzesumgehung (von Art. 336 Abs. 2 OR) als nicht gegeben (ebd. S. 51–54).
- 25 Beschränkt wird die Kündigungsfreiheit gemäss Art. 336 Abs. 1 OR. Zur Begründung der fehlenden Geltung s. vorn III. Teil 52.4.

den Vorteil gewähren und die, wären sie durch bewusste Erklärungen in den Vertrag einbezogen, kaum beanstandet werden könnten²⁶. Jede Rückzahlungsklausel ist nämlich geeignet, mittelbar oder unmittelbar in die freie Willensbildung des Arbeitnehmers einzugreifen²⁷. Dafür ist meines Erachtens grundsätzlich eine bewusste Zustimmung des Arbeitnehmers zu fordern.

61.5. Konkurrenzverbot

Kaum durch AAB geregelt werden offensichtlich Konkurrenzverbote²⁸. Gelegentlich findet sich der Hinweis auf Sonderabmachungen.

Mit STREIFF ist (entgegen BRÜHWILER) anzunehmen, dass dem Schriftformerfordernis durch globale Einbeziehung in den Vertrag, etwa durch blosser Aufnahme des Konkurrenzverbots in ein Reglement, nicht Genüge getan ist²⁹. Eine solch globale Einbeziehung dürfte aber sehr selten vorkommen³⁰.

Die geläufigeren, in Formularen enthaltenen Klauseln sind meist offen formuliert, können also den Gegebenheiten im Einzelfall angepasst werden. Sie lauten z.B. wie folgt:

«Da das Vertragsverhältnis dem Mitarbeiter die Möglichkeit der Einsicht in den Kundenkreis und in Geschäftsgeheimnisse gibt, verpflichtet er sich, während... Jahr... nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses in der Schweiz... weder auf eigenen Namen ein mit der Firma konkurrierendes Geschäft zu betreiben oder in einem solchen sich zu betätigen, noch sich an einem derartigen Geschäft als Anteilhaber oder in anderer Form direkt oder indirekt zu beteiligen bzw. ein solches durch Mitarbeit oder Mitteilungen zu unterstützen.»

Die Zulässigkeit solcher Klauseln bestimmt sich nach dem Einzelfall; erforderlich ist die Angemessenheit nach Ort, Zeit und Gegenstand gemäss Art. 340a OR, wobei eine allfällige Gegenleistung des Arbeitgebers (Art. 340a Abs. 2 OR), z.B. eine *Karenzentschädigung*, zu berücksichtigen ist³¹.

26 BUSSMANN, S. 141–145.

27 Ebd. S. 24.

28 Von 85 ausgewerteten AAB-Ordnungen enthielten deren 5 ein Konkurrenzverbot. Zutreffen dürfte somit BRÜHWILER's Vermutung, Konkurrenzverbote würden in der Regel «im Arbeitsvertrag selber», d.h. nicht im Anstellungsreglement festgelegt (N. 2 zu Art. 340 OR).

29 STREIFF, Kommentar Arbeitsvertrag, N. 2 zu Art. 340 OR; BRÜHWILER, N. 2 zu Art. 340 OR; zur Begründung s. vorn III. Teil 22.33.

30 In meiner Untersuchung trat ein einziger Fall auf; es handelt sich um ein 12-seitiges Reglement, das offensichtlich mittels der folgenden, zweifellos untauglichen Schlussbestimmung in den Vertrag einbezogen werden soll: «Dieser ALLGEMEINE EINZEL-ARBEITSVERTRAG wird dem Angestellten gegen Empfangsbestätigung ausgehändigt.»

31 Botschaft Arbeitsvertrag, S. 159; STREIFF, Kommentar Arbeitsvertrag, N. 6 zu Art. 340 OR; REHBINDER, Arbeitsrecht, S. 111. In meiner Untersuchung war nur in einem einzigen Fall eine Karenzentschädigungsregelung festzustellen. Auch sie dürften vorwiegend individuell festgelegt werden (zur Ueblichkeit solcher Abreden s. STREIFF, N. 6 zu Art. 340 OR).

Wie das Konkurrenzverbot selbst kann auch die regelmässig damit verbundene *Konventionalstrafe* nur durch bewusste Erklärung der Parteien zum Vertragsinhalt gemacht werden³². Insbesondere muss der Arbeitnehmer der Höhe des Betrages ausdrücklich zustimmen³³.

6.2. *Anspruchsdurchsetzung*

62.1. *Schiedsgericht*

Während für die Beilegung von Streitigkeiten aus Gesamtarbeitsverträgen die Vereinbarung von Schiedsgerichten unbedenklich und weit verbreitet ist³⁴, erheben sich Bedenken gegen die Vereinbarung von Schiedsgerichten für die Beilegung von Streitigkeiten aus *Einzelarbeitsverträgen*. Grundsätzlich ist mit STREIFF anzunehmen, dass solche Schiedsklauseln «offensichtlich dazu angetan sind, die Rechte der Arbeitnehmer zu vereiteln»³⁵. Meines Erachtens ist vor allem der Anspruch auf gebührenfreies Verfahren bis zu einem Streitwert von fünftausend Franken³⁶ gefährdet. Gebührenfrei arbeitende Schiedsgerichte sind nämlich - jedenfalls nach der Lebenserfahrung - wohl kaum zu finden^{36 a}. Zwar ist Art. 343 OR nicht unter den relativ oder absolut zwingenden Normen des Arbeitsvertragsrechts aufgeführt³⁷. Wiederum mit STREIFF ist aber anzunehmen, dass der Gesetzgeber die Möglichkeit der Wegbedingung offensichtlich nicht bedacht hat³⁸. Auch in der Schlussfolgerung ist meines Erachtens STREIFF zu folgen: Solche Klauseln sind als rechtswidrig zu betrachten.

Erst recht gilt dies für AAB-Klauseln; sie lauten z.B. folgendermassen:

«Für Streitigkeiten aus diesem Arbeitsverhältnis schliessen die Parteien den ordentlichen Rechtsweg aus. Der Entscheid liegt bei einem Einzelschiedsrichter, auf dessen Nennung sich die Parteien einigen. Kommt keine Einigung über die Person des Schiedsrichters zustande, ist - auf Antrag einer der Parteien - der Handelsgerichtspräsident des Kantons Bern kompetent, den Schiedsrichter zu ernennen.»

Während diese Klausel wenigstens die nötige Klarheit aufweist, ist bei der folgenden nicht einmal das gegeben:

- 32 Die Beeinträchtigung der Rechtsposition des Arbeitnehmers und damit die Gefahr des Rechtsmissbrauchs durch AAB (s. vorn III. Teil 54.26) liegt auf der Hand.
- 33 Was allerdings den Richter nicht daran hindern kann, übermässige Konventionalstrafen nach Art. 163 Abs. 3 OR herabzusetzen.
- 34 REHBINDER, Arbeitsrecht, S. 184.
- 35 STREIFF, Kommentar Arbeitsvertrag, N. 4 zu Art. 343 OR. Anderer Meinung offenbar SCHWEINGRUBER (N. 1 zu Art. 343 OR) und REHBINDER (Arbeitsrecht, S. 197); sie erachten solche Schiedsgerichtsvereinbarungen als zulässig, soweit die kantonalen Prozessordnungen beachtet werden.
- 36 Gemäss Art. 343 Abs. 3 OR.
- 36a Gemäss § 247 der Zürcher ZPO haben die Parteien sogar die Kosten im voraus sicherzustellen; s. auch WALDER, Der neue Zürcher Zivilprozess, Zürich 1977, S. 450.
- 37 Art. 361 und 362 OR.
- 38 STREIFF, N. 4 zu Art. 343 OR.

«Allfällige Meinungsverschiedenheiten, die im direkten Gespräch nicht beigelegt werden können, sollen in dreigliedrigem Schiedsgerichtsverfahren beigelegt werden.»

Wer zweifelt noch nicht an den Fähigkeiten der unternehmerischen Gesetzgeber?

62.2. *Gerichtsstand*

Gemäss Art. 343 Abs. 1 OR hat der Kläger die Wahl zwischen dem Gerichtsstand des Wohnsitzes des Beklagten und demjenigen des Ortes des Betriebs oder Haushalts, für den der Arbeitnehmer Arbeit leistet. Ohne weiteres ergibt sich daraus die Unzulässigkeit einer Vereinbarung, die den Gerichtsstand des Wohnsitzes des Arbeitgebers vorsieht³⁹, wie etwa die folgende, ausgerechnet in einem von Verbänden, nämlich des Baugewerbes, gemeinsam aufgestellten und Empfohlenen Formular⁴⁰ enthaltene Klausel:

«Als Gerichtsstand gilt das Domizil des Arbeitgebers.»

Wohl mag der Arbeitsort im Baugewerbe nicht immer ohne weiteres zu bestimmen sein. Diese praktischen Schwierigkeiten können meines Erachtens aber nicht eine die verfassungsmässigen Rechte des Arbeitnehmers⁴¹ beeinträchtigende Regelung rechtfertigen. Es ist dem Arbeitgeber auch im Baugewerbe freigestellt, den Arbeitnehmer am Gerichtsstand seines (des Arbeitnehmers) Wohnort zu belangen.

Die gleichen Grundsätze gelten auch für die folgende Regelung. Sie ist in den AAB einer Unternehmung (mit Hauptsitz in Zürich) enthalten, die in der Schweiz mehrere Niederlassungen hat, und sie lautet wie folgt:

«Gerichtsstand bei allfälligen Streitigkeiten aus dem vorliegenden Arbeitsverhältnis ist Zürich, und zwar auch nach dem Austritt des Arbeitnehmers aus den Diensten der Arbeitgeberin.

Diese Klausel ist nur für die am Hauptsitz der Unternehmung beschäftigten Arbeitnehmer wirksam.

39 Zur Begründung s. vorn III. Teil 52.4.

40 Es handelt sich um das Formular «Arbeitsvertrag für Poliere, Werkmeister und Vorarbeiter des Bauhauptgewerbes», Ausgabe 1976, empfohlen vom Schweizerischen Baumeisterverband, Schweizerischen Zimmermeisterverband, Schweizerischen Baukaderverband, Schweizerischen Verband Technischer Betriebskader.

41 Art. 59 Abs. 1 BV.

V. Teil: Schlussfolgerungen für die Formulierung von AAB

AAB haben potentiell grosse Vorteile, aber auch erhebliche Nachteile. In der Vertragswirklichkeit werden die Rechte der Arbeitnehmer nicht selten in unangemessener, rechtsmissbräuchlicher oder gar rechtswidriger Weise beschnitten. Es muss darum gehen, die Vorteile vorbereiteter Vertragsordnungen unter Vermeidung ihrer Nachteile zu nutzen.

Nach der Art der Einbeziehung in den Vertrag lassen sich recht gut zwei Kategorien von AAB bilden, nämlich Formulare und Reglemente. Für deren funktionsgemässe Gestaltung sollen nun Vorschläge gemacht werden. Am Schluss bleiben die meines Erachtens nicht empfehlenswerten, zum Teil rechtswidrigen Klauseln auszuschneiden.

1. Vertragsformular

1.1. Individueller Vertragsinhalt

Um die Vorteile vereinheitlichter Einzelarbeitsverträge (Rationalisierung, Vollständigkeit) auszuschöpfen, empfiehlt sich statt einem Anstellungsschreiben die Verwendung eines Formulars. Individuelle Vereinbarungen sind dadurch zu ermöglichen, dass der vorbereitete Text offen formuliert wird. Dafür dürfte allerdings nur bei verhältnismässig wenigen Vertragspunkten ein Bedürfnis bestehen¹. Zweckmässig wären folgende Formulierungen:

- *Tätigkeit des Arbeitnehmers*
Der Arbeitnehmer wird angestellt als
Es sind ihm folgende Aufgaben übertragen:²
- *Beginn des Arbeitsverhältnisses*
Das Arbeitsverhältnis beginnt am
- *Lohn*
Der monatliche Bruttolohn beträgt Fr.
Für nicht ausgeglichene Überstunden wird ein Zuschlag von . . . % gewährt.³
- *Arbeitszeit*
Die Arbeitszeit beträgt . . . Stunden in der Woche⁴, verteilt auf Tage.

- 1 Vollständigkeit kann bei den folgenden Beispielen angesichts der Vielfalt der Vertragswirklichkeit allerdings nicht erreicht werden. Es sollen die wichtigsten Fragen erläutert sein.
- 2 Anzustreben ist eine möglichst präzise Formulierung des Aufgabenkreises im Einzelfall (gemäss Stellenbeschreibung).
- 3 Mindestumfang 25% gemäss Art. 321c Abs. 3 OR (Abdingbarkeit nur durch *schriftliche* Abrede).
- 4 Zu beachten ist die wöchentliche Höchstarbeitszeit gemäss Art. 9 Abs. 1 ArG; sie beträgt für Arbeitnehmer in industriellen Betrieben sowie für Büropersonal, technische und andere Angestellte, mit Einschluss des Verkaufspersonals in Grossbetrieben des Detailhandels 45 Stunden (Art. 9 Abs. 1 ArG), für alle übrigen Arbeitnehmer 50 Stunden (Abs. 2).

1.2. *Den Arbeitnehmer belastender Vertragsinhalt*

Vertragsbestimmungen, welche die Rechtsstellung des Arbeitnehmers beeinträchtigen⁵, bedürfen grundsätzlich einer bewussten Zustimmung (Voll-erklärung) des Arbeitnehmers. Diesem Erfordernis dürfte in der Regel auch ein vorgedrucktes Formular genügen. Allerdings muss die Kenntnisnahme solcher Klauseln in zumutbarer Weise möglich sein⁶. Dies setzt voraus, dass derart belastende Vertragsbestimmungen nicht vermischt werden mit rein informativem Text oder mit betriebsorganisatorisch begründetem Vertragsinhalt⁷. Je mehr diese belastenden Klauseln von übrigen Vertragstext zugedeckt werden, desto eher ist anzunehmen, der Arbeitnehmer habe sie nicht als solche erkannt und ihnen somit auch nicht bewusst zugestimmt⁸.

Zudem ist zu beachten, dass viele dieser Klauseln dem Arbeitgeber ein gewisses Ermessen einräumen. Dieses ist pflichtgemäss, d.h. nach Recht und Billigkeit auszuüben.

Im einzelnen fallen in diese Kategorie Klauseln folgenden Inhalts:

- Vorbehalt der Änderung der AAB durch den Arbeitgeber (Ausübung nur in den Schranken der Billigkeit; s. vorn IV. Teil 12.2.).
- Erwerb von Vorbehaltserfindungen (IV. Teil 21.8.).
- Ueberstundenarbeit ohne Lohnzuschlag (IV. Teil 22.2.).
- Auszahlung des Lohnes (zwingend) auf ein Bankkonto (IV. Teil 31.2.).
- Möglichkeit der Zuweisung anderer Arbeit als der vertraglich vereinbarten, soweit sie den beruflichen Fähigkeiten und der Ausbildung des Arbeitnehmers nicht entspricht (IV. 32.1.).
- Möglichkeit der Versetzung des Arbeitnehmers an einen anderen Arbeitsort über das sonst Zumutbare hinaus (IV. 32.2.).
- Vorschriften an den Arbeitnehmer über die Beschaffung der Arbeitskleidung (IV. 41.6.).
- Verpflichtung des Arbeitnehmers zum Tragen einer Namenplakette (IV. 41.7.).
- Einschränkung der Telefonbenützung über das durch Treu und Glauben Gebotene hinaus (IV. 41.8.).
- Pflicht des Arbeitnehmers zur Duldung einer vertrauensärztlichen Untersuchung bei Beginn des Arbeitsverhältnisses (IV. 42.4.).
- Sog. Agitationsklauseln (IV. 43.1.).

5 S. dazu vorn III. Teil 54.31.

6 Vorn III. Teil 52.2.

7 Solche Bestimmungen gehören in ein angehängtes Reglement.

8 Die Folge ist, dass die Klausel nie Vertragsinhalt wird (es fehlt der Konsens gemäss Art. 1 OR) oder aber dass die Berufung auf sie wegen Verstosses gegen Art. 2 Abs. 2 ZGB nicht geschützt wird (s. dazu vorn III. Teil 5.2.; 54.26.).

- Zustimmungsvorbehalt des Arbeitgebers für Nebenbeschäftigungen, die gemäss gesetzlicher Treuepflicht zulässig wären (in jedem Fall müsste die Verweigerungsbefugnis nach billigem Ermessen ausgeübt werden); IV. 52.1.
- Verbot der Lohnzession und -verpfändung; bei Zustimmungsvorbehalt des Arbeitgebers hat dieser sein Ermessen nach Recht und Billigkeit auszuüben (4. 52.2.).
- Zustimmungsvorbehalt des Arbeitgebers für Bürgschaftsverpflichtungen des Arbeitnehmers (Ausübung nach billigem Ermessen); IV. 52.3.
- Wohnsitzvorschrift (IV. 52.4.).
- Zustimmungsvorbehalt des Arbeitgebers für die Uebernahme eines öffentlichen Amtes durch den Arbeitnehmer, soweit dessen Arbeitsleistung dadurch beeinträchtigt würde (IV. 52.6.).
- Rückzahlungsklauseln (IV. 61.4.).
- Konkurrenzverbot (IV. 61.5.).

2. Angehängtes Reglement

Reglemente dienen funktionsgemäss vor allem der Rechtssicherheit. Ansprüche des Arbeitnehmers, die durch Gesetz und Rechtsprechung nicht ausreichend genau festgelegt sind, können durch Reglemente präzisiert werden. Daneben werden solche Ansprüche, vor allem Sozialleistungen, in ihrem Bestand gesichert, soweit sie das gesetzliche (und auch das gesamtarbeitsvertragliche) Minimum übertreffen¹.

Zu präzisieren sind aber nicht nur materielle Arbeitsbedingungen, sondern insbesondere auch die Schranken des Weisungsrechts. Auch dies kann nur zum Vorteil des Arbeitnehmers geschehen; Einschränkungen und Konkretisierungen des gesetzlichen Weisungsrechts sind zulässig, nicht aber Erweiterungen. Für diese ist eine bewusste Zustimmung des Arbeitnehmers notwendig.

Neben diesen präzisierenden und sichernden Bestimmungen sind solche informativer Art in einem gewissen Rahmen sinnvoll. Allerdings soll nicht über irgendwelche betriebliche Belange informiert werden («Wir stellen uns vor – Die X-AG»); solche Informationen gehören in separate Broschüren. Vielmehr soll der Arbeitgeber bekanntgeben, wie er sein Weisungsrecht auszuüben gedenkt. Er bindet sich zwar in gewissem Mass (wiederum zeitlich beschränkt), doch kann er damit erheblich zur Zufriedenheit der Belegschaft beitragen, indem z.B. über Fragen der Ordnung im Betrieb weit weniger Unsicherheiten entstehen.

¹ Vorbehalten bleibt natürlich die Möglichkeit der Änderungskündigung. Der Bestandschutz ist damit zeitlich begrenzt.

Bei angehängten Reglementen ist aber ganz besonders darauf zu achten, dass gesicherte Rechtspositionen der Arbeitnehmer nicht beeinträchtigt werden.

2.1. *Anspruchssichernde und -präzisierende Klauseln*

Während vor allem materielle Arbeitsbedingungen zu sichern sind, bedürfen insbesondere formelle einer Präzisierung. Im einzelnen sind folgende Formulierungen denkbar:

- *Zeitpunkt der Lohnzahlung*
Die Lohnauszahlung erfolgt am 25. Tag des Monats. Ist dies kein Arbeitstag, erfolgt die Auszahlung am letztvorangehenden Arbeitstag.
 - *Form der Lohnzahlung*
Der Lohn wird bargeldlos nach Wahl des Arbeitnehmers auf ein Postcheck- oder Bankkonto ausgezahlt.
 - *Lohnabtretung und -verpfändung*
Lohnabtretungen und -verpfändungen sind dem Arbeitgeber unverzüglich mitzuteilen.
 - *Nebenbeschäftigung*
Nebenbeschäftigungen sind zulässig, soweit sie die Arbeitsleistung nicht erheblich beeinträchtigen und soweit dem Arbeitgeber daraus keine Konkurrenz erwächst.
 - *Lohnfortzahlung*
Bei unverschuldeter Verhinderung an der Arbeitsleistung wegen Krankheit, Unfall, Schwangerschaft oder Niederkunft hat der Arbeitnehmer Anspruch auf volle Lohnzahlung gemäss folgender Skala:²

Im 1. Anstellungsjahr	1 Monat
im 2. und 3. Anstellungsjahr	2 Monate
im 4. und 5. Anstellungsjahr	3 Monate
im 6. und 7. Anstellungsjahr	4 Monate
im 8. und 9. Anstellungsjahr	5 Monate
im 10. und den folgenden Anstellungsjahren	6 Monate.
 - *Altersvorsorge*
Der Arbeitnehmer wird mit Beginn des Arbeitsverhältnisses in die Personalvorsorgeeinrichtung der Firma X aufgenommen. Die Beiträge betragen X % des Bruttolohnes und werden zu ²/₃ vom Arbeitgeber, zu ¹/₃ vom Arbeitnehmer getragen. Die Leistungen der Vorsorgeeinrichtung für Alters- und Invalidenrenten betragen mindestens Y % des versicherten Lohnes.³
 - *Abgangsentschädigung*⁴
Die Abgangsentschädigung beträgt mindestens 2 Monatslöhne. Sie erhöht sich um einen halben Monatslohn für jedes Dienstjahr nach dem zwanzigsten Dienstjahr und zusätzlich für jedes Altersjahr nach dem fünfzigsten Altersjahr bis zur maximalen Höhe von 12 Monatslöhnen.
 - *Absenzen*
In den folgenden Fällen wird dem Arbeitnehmer Urlaub ohne Lohnabzug gewährt:

- Heirat	2 Tage
- Heirat eines Familienmitglieds	1 Tag
- Tod des Ehegatten, eines Kindes oder von Eltern	3 Tage
- Tod von Verwandten, die nicht mit dem Arbeitnehmer in Hausgemeinschaft gelebt hatten	1 Tag
- Tod von Bekannten	¹ / ₂ Tag
- 2 Diese Skala entstammt dem GAV des Buchdruckgewerbes (Art. 52, Ausgabe 1977). Zu den Mindestansprüchen s. vorn IV. Teil 21.3.
- 3 Genauer ist in der Satzung der Personalvorsorgeeinrichtung festzulegen.
- 4 Eine solche Regelung empfiehlt sich insbesondere beim Fehlen einer Altersvorsorge; sie hat aber auch selbständige Bedeutung, etwa bei Betriebsschliessungen (s. dazu SCHWEINGRUBER, Kommentar Arbeitsvertrag, N. 1 zu Art. 339d OR).

- Geburt	1 Tag
- Umzug des eigenen Haushalts	1 Tag
- Militärische Inspektion	1 Tag
- Arbeitsjubiläum (25 und 40 Jahre)	1 Tag
- Arztbesuch, dringender	1/2 Tag
- Vorladung bei Behörden	1/2 Tag.

Ferien

Die Dauer der Ferien beträgt pro Kalenderjahr

- 4 Wochen bis und mit zurückgelegtem 49. Altersjahr;

- 5 Wochen nach zurückgelegtem 50. Altersjahr.⁵

Haftung des Arbeitnehmers

Der Arbeitnehmer haftet für jeden Schaden, den er dem Arbeitgeber vorsätzlich oder grobfahrlässig zufügt. Bei mittlerer Fahrlässigkeit haftet er bis zu einer Schadenshöhe im Umfang eines Monatslohnes.

Unfallversicherung

Die Kosten der Betriebsunfallversicherung trägt der Arbeitgeber. Die Kosten der Nichtbetriebsunfallversicherung trägt der Arbeitgeber zu zwei Dritteln, der Arbeitnehmer zu einem Drittel.

Arbeitskleidung

Die Arbeitskleidung wird dem Arbeitnehmer zur Verfügung gestellt. Er hat sie schonend zu behandeln.

Rauchverbot

Das Rauchen ist aus Sicherheitsgründen und mit Rücksicht auf nicht rauchende Mitarbeiter zu unterlassen. Falls es die Sicherheit des Betriebs ausnahmsweise erlaubt, darf unter der Voraussetzung der ausdrücklichen Zustimmung aller betroffenen Mitarbeiter geraucht werden.

2.2. *Informativer Vertragsinhalt*

Zu informieren ist einerseits über die Absicht des Arbeitgebers, wie er sein Weisungsrecht auszuüben gedenkt. Zum anderen ist in gewissem Mass⁶ die ausdrückliche Übernahme dispositiver gesetzlicher Regelungen sinnvoll. Folgende Formulierungen sind denkbar:

Gleitende Arbeitszeit

Während folgender Blockzeit müssen alle Arbeitnehmer anwesend sein:

von 8.30 bis 12.00 und

von 13.30 bis 16.00 Uhr.

Die übrige Arbeitszeit (Gleitzeit) kann individuell festgelegt werden, und zwar innerhalb folgender Schranken:

von 6.00 bis 8.30

von 12.00 bis 13.30

von 16.00 bis 18.30 Uhr.

Die Mittagspause muss mindestens 30 Minuten dauern, bei einer täglichen Arbeitszeit von mehr als 9 Stunden mindestens 1 Stunde.

Die Einzelheiten der Zeiterfassung und Abrechnung sind in einem Merkblatt⁷ geregelt.

Ferienbezug

Zu Beginn des Jahres hat der Arbeitnehmer in die ausgehängten Listen einzutragen, wann er seine Ferien⁸ zu beziehen wünscht.

Aufgrund dringender betrieblicher Erfordernisse kann der Arbeitgeber spätestens 3 Monate vor dem gewünschten Ferienbeginn vom Arbeitnehmer eine Verschiebung der Ferien verlangen.

⁵ Diese Regelung entstammt dem GAV der Maschinenindustrie (Vertragsperiode 1978–1983); sie wird ab 1. 1. 1981 gelten.

⁶ Jedenfalls für Fragen, die regelmäßig von praktischer Bedeutung sind (z.B. Probezeit, Kündigungsfrist).

⁷ Also durch generelle Weisung gemäss Art. 321d OR.

⁸ Ev.: «seine über die Betriebsferien hinausgehenden Ferien».

– *Feiertage*⁹

An folgenden Tagen wird nicht gearbeitet:

Neujahr	1. Mai	1. August
Karfreitag	Auffahrt	Weihnachten
Ostermontag	Pfingstmontag	26. Dezember

Fallen diese Tage in die Ferien, so können sie nachbezogen werden, ausgenommen dann, wenn sie auf einen Samstag oder Sonntag fallen.

Spesen

Für Dienstreisen sind nach Möglichkeit öffentliche Verkehrsmittel zu benützen. Werkmeister sowie Arbeitnehmer vergleichbarer und höherer Funktionsstufen haben Anspruch auf die Benützung der 1. Klasse. Ist die Verwendung eines Privatfahrzeuges unumgänglich oder lässt sich damit eine erhebliche Zeitersparnis erzielen, wird eine Kilometerentschädigung nach den Ansätzen des Touring Clubs der Schweiz ausgerichtet.¹⁰

– *Probezeit*

Der erste Monat gilt als Probezeit. Während der Probezeit kann das Arbeitsverhältnis jederzeit mit sieben Tagen Kündigungsfrist auf das Ende der Arbeitswoche gekündigt werden.¹¹

Kündigung

Hat das Arbeitsverhältnis weniger als ein Jahr gedauert, so kann es auf das Ende des auf die Kündigung folgenden Monats gekündigt werden.¹²

Hat es mehr als ein Jahr gedauert, so kann es im zweiten bis und mit neunten Dienstjahr mit einer Kündigungsfrist von zwei Monaten und nachher mit einer solchen von drei Monaten je auf das Ende eines Monats gekündigt werden.¹³

3. Funktionswidrige Klauseln

Von der Verwendung der folgenden Klauseln ist in jedem Fall abzuraten, sei es weil sie gegen klares Recht verstossen, sei es weil sie meines Erachtens die Persönlichkeit des Arbeitnehmers über das erträgliche Mass hinaus beschränken:

- Unbezahlte Arbeitspause bei Betriebsstörungen (z.B. Maschinenreparatur und -unterhalt); s. vorn IV. Teil 21.1.
- Bemessungsperiode der Abgangsentschädigung abweichend von der gesetzlichen Regelung (zuletzt bezogener Lohn); IV. Teil 21.5.
- Möglichkeit der Kürzung des Ferienanspruchs bei unverschuldeter Verhinderung des Arbeitnehmers (IV. 22.4.).
- Bewilligungsvorbehalt des Arbeitgebers für Geldsammlungen im Betrieb (IV. 43.3.).
- Zustimmungsvorbehalt des Arbeitgebers für jede Übernahme eines öffentlichen Amts (IV. 52.6.).
- Auszahlungsvorbehalte (Lohn usw.) während der Probezeit (IV. 61.1.).

9 Zu beachten sind die kantonalen Feiertage. Im folgenden ist die Regelung des Kantons Zürich berücksichtigt.

10 Für Handelsreisende sind ausführlichere, dem Einzelfall angepasste Regelungen zu treffen. Sie sind aber in das unterzeichnete Vertragsformular (bzw. Anstellungsschreiben) aufzunehmen. S. z.B. HINDERMANN/STREIFF, S. 160–168.

11 Art. 334 OR.

12 Art. 336a OR.

13 Art. 336b OR.

- Fristlose Entlassung (IV. 61.3.).
- Schiedsgericht (IV. 62.1.).
- Gerichtsstand des (Wohn-)Sitzes des Arbeitgebers (IV. 62.2.).

Weniger gravierend, von einem verantwortungsbewussten Arbeitgeber aber abzulehnen sind folgende Klauseln:

- Fälligkeit der Abgangsentschädigung abweichend von der gesetzlichen Regelung (Zeitpunkt der Beendigung des Arbeitsverhältnisses); IV. Teil 21.5.
- Benachteiligung unehelicher Kinder bei Gewährung von Geburtsprämien (IV. 21.7.).
- Ablehnung der Beschäftigungspflicht (IV. 31.1.).

Zusammenfassung

1. Es ist anzunehmen, dass rund zwei Drittel aller Arbeitsverhältnisse unter Verwendung von AAB zustandekommen. Vor allem Mittel- und Grossbetriebe verwenden umfangreiche Klauselwerke.
2. AAB sind rechtsgeschäftliche Normen; sie sind gekennzeichnet durch den Widerspruch zwischen vertraglicher Geltung und gesetzesähnlicher Wirkung.
3. Die faktische Unterwerfung des Arbeitnehmers unter diese rechtsgeschäftlichen Normen führt zur Gefahr einseitiger Eigennützigkeit. Denn es fehlt sowohl die vertragliche Richtigkeit als auch die Gerechtigkeit des dispositiven Gesetzesrechts.
4. AAB haben die Vorteile der Kostenersparnis, Streitverhütung und Förderung der Rechtssicherheit.
5. Gegenüber vorbereiteten Vertragsordnungen bei anderen Schuldverträgen weisen AAB zwei Besonderheiten auf. Erstens besteht beim Arbeitsverhältnis die Notwendigkeit der Regelungsunterwerfung infolge der organisatorischen Eingliederung des Arbeitnehmers. Zweitens bedürfen die Einzelarbeitsverträge zum Zweck der Gleichbehandlung der Arbeitnehmer einer gewissen Einheitlichkeit.
6. Im Verhältnis zwischen AAB einerseits und GAV sowie Betriebsordnung andererseits muss das Günstigkeitsprinzip gelten.
7. Einzelvereinbarungen haben gegenüber AAB den Vorrang.
8. AAB sind im Grundsatz einheitlich auszulegen. Die individuelle Auslegung ermöglicht zwar eine verdeckte richterliche Inhaltskontrolle. Eine solche kann aber aus rechtlichen Gründen nicht befriedigen.
9. Zum Schutz des Arbeitnehmers vor nachteiligen AAB genügt es nicht, sich auf den kollektiven Interessenausgleich zu verlassen. Leistungsfähiger wäre vor allem eine ausgedehntere richterliche Kontrolle.

10. Aufgrund von Art. 2 Abs. 2 ZGB ist bei für den Arbeitnehmer qualifiziert nachteiligen AAB, die nicht aufgrund bewusster Vereinbarung Vertragsinhalt wurden, ein Missbrauch der Vertragsfreiheit (institutioneller Rechtsmissbrauch) anzunehmen. Die entsprechenden Klauseln sind unverbindlich. Im weiteren ist im Einzelfall das Vorliegen des Tatbestandes der Übervorteilung (Art. 21 OR) zu prüfen.
11. De lege ferenda ist der Ausbau des zwingenden Rechts vorzusehen.
12. Entsprechend ihrem Inhalt sind die in der Vertragswirklichkeit verwendeten AAB nur durch Vollerklärung (unterzeichnetes Formular) oder aber auch durch Globalerklärung (angehängtes Reglement) in den Vertrag einzubeziehen (für Formulierungsvorschläge s. V. Teil 1. und 2.). Von der Verwendung verschiedener anderer Klauseln ist abzuraten. Wieder andere sind unwirksam, da sie gegen klares Recht verstossen.

Lebenslauf

- 1949 Am 15. Juli in Glarus geboren.
1956–1968 Primarschule und Kantonsschule Glarus. Matura B.
1968–1974 Studium an der Hochschule St. Gallen für Wirtschafts- und Sozialwissenschaften. Praktikum beim Office Suisse d'Expansion Commerciale in Lausanne.
1974 Lizentiat der Wirtschaftswissenschaft (Lic.oec.HSG).
1974–1979 Studium der Rechtswissenschaft an der Universität Zürich.
1976–1978 Tätigkeit als Assistent an der Universität Zürich (Prof. Dr. M. Rehbinder).
1977 Lizentiat der Rechtswissenschaft.
1979 Am 11. Juli Promotion zum Dr.iur.

